

K E N D E L S E

(visse oplysninger i kendelsen er på klagers begæring ikke offentliggjort)

Northrop Grumman International Trading, Inc.
(advokat Christoffer Goul Kilinç Andersen og
advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Niels Karl Heilskov Rytter og erhvervsjuridisk rådgiver Jesper
Nørgaard Rams, København)

Klagenævnet har den 5. september 2024 modtaget en klage fra Northrop Grumman International Trading, Inc. (herefter "Northrop Grumman").

Northrop Grumman 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 truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på grundlag af klageskrift med bilag 1-5, svarskrift med bilag A-B, replik med bilag 6-9 og duplik med bilag C-O.

Klagenævnets delkendelse omfatter således ikke processtof, herunder påstande, der er fremkommet efter duplikken.

Klagens indhold

Northrop Grumman har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1 a

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at have afvist ansøgningen fra Northrop Grumman International Trading, Inc., som ukonditionsmæssig, uanset at Northrop Grumman International Trading, Inc., opfylder de stillede krav til egnethed og udelukkelse.

Påstand 1 b

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved ikke at give Northrop Grumman International Trading, Inc., mulighed for at meddele supplerende oplysninger om den beskrevne reference, samtidig med at FMI gav andre ansøgere mulighed for at supplere deres respektive ansøgninger, herunder referencebeskrivelser, med oplysninger af afgørende betydning for vurderingen af ansøgningernes konditions-mæssighed.

Påstand 1 c

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at prækvalificere ELTA og HENSOLDT i en fælles tilbudsgiverkonstellation, samtidig med at FMI prækvalificerede ELTA som selvstændig deltager i udbuddet, idet der herved er en overhængende risiko for fordrejning af konkurrencen i relation til udbuddet, idet der allerede har været og fortsat er en overhængende risiko for konkurrencebegrænsende informationsudveksling mellem tilbudsgiverne, og idet FMI derved ikke har gennemført en korrekt evaluering af de indgivne prækvalifikationsansøgninger.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere FMI's prækvalifikationsbeslutning af 16. august 2024.”

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

Andre oplysninger i sagen

Bilag G, H og K-O, der er fremlagt af FMI, er kun fremlagt for Northrop Grumman i ekstraheret form. Bilag C-F, I og J er for nu ikke fremlagt for Northrop Grumman. I det omfang der i det følgende henvises til dokumenter, der indeholder ekstraheringer, vil det fremgå, hvor i og hvilke dele af teksten der er udeladt.

Klagenævnet er bekendt med det fulde indhold af samtlige bilag.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 128703-2024 af 28. februar 2024, der blev offentliggjort den 1. marts 2024, udbød FMI som udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet en kontrakt med tilhørende rammeaftale vedrørende indkøb af "Fixed Air Defence Radar systems (FADR), including support for sustainment and training". Den samlede estimerede værdi af udbuddet er angivet til 220 mio. EUR, hvoraf rammeaftalens estimerede værdi er 100 mio. EUR.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet:

"2.1. Procedure

Title: Acquisition of Fixed Air Defence Radar systems (FADR), including support for sustainment and training

Description: The purpose of the acquisition is to replace the Danish Defence's existing Air Defence Radars situated in Denmark (Bornholm and Skagen) and on the Faroe Islands. This tender procedure concerns two agreements: (1) a contract regarding the delivery and installation of 3 ground based Fixed Air Defence Radar systems (FADR), and (2) a framework agreement regarding support for sustainment and training. The two agreements are mutually dependent and shall be seen together as a whole regulating the contractual relations between the winning tenderer (the supplier) and DALO. The supplier shall install the FADRs at the designated locations. The FADRs shall be installed in the established towers at the sites. Two of the three towers are mounted with a radome (those situated at Skagen and at the Faroe Islands), and the third tower is open/without a radome (the one situated at Bornholm). The supplier shall deliver and install a radome for the open tower. Whether the supplier shall deliver and install a radome for the two other towers or reuse the established radomes will be specified in the tender documents and may be subject to negotiations, see the section "General information". The FADRs shall operate in the L- or S frequency band (IEEE) or the equivalent NATO D- or E/F frequency band and have an

instrumented range of at least 256 nautical miles in rotating mode. The design of the FADRs shall include the following technologies (A-C) and make use of the following design principles (D-E): A. Full AESA (Active Electronically Scanned Array) with the ability to steer the beams electronically in both azimuth as well as in elevation, i.e., where each antenna element is controlled individually with its own transmit/receive module. B. The ability to focus on a limited sector for obtaining greater range, accuracy, update rate and probability of detection, e.g., by using a so-called Stop-and-Stare mode. C. Use of the latest proven transmitter technology (e.g., GaN - Gallium Nitride) to improve the power efficiency. D. The FADRs shall be software defined, i.e., the functionalities and capabilities (including new ones) are mainly implemented through software. E. Modular Architecture, i.e., the FADRs shall be designed to easily implement future changes and upgrades to the system, for both hardware and software. It shall be possible to monitor and control the FADRs from multiple remotely operational facilities, which are geographically separated from the FADRs. Furthermore, the FADRs should have the capability to detect Tactical Ballistic Missiles (TBM). Each of the FADRs shall, inter alia, include the following: • A 3D phased array Primary Surveillance Radar (PSR). • A Secondary Surveillance Radar (SSR) with all civilian and military interrogation modes. • Monitor and Control Units (MCU) for both local and remote control of the radar system. Further requirements for the FADRs, including interface requirements, will be specified in the tender documents. The framework agreement covers delivery of support for sustainment (spare parts, repair services and technical support) and training services related to the FADRs.

Procedure identifier: 0c352e66-3c49-4c2b-aa55-d9d163d77430

Previous notice: 381274-2022

Internal identifier: 4029189

Type of procedure: Negotiated with prior publication of a call for competition / competitive with negotiation

The procedure is accelerated: no

Main features of the procedure: DALO reserves the right to award the agreement based on the first indicative offer or any subsequent indicative offers.

...

2.1.4. General information

Additional information: DALO has prepared a prequalification questionnaire ("PQQ") which the candidates are encouraged to use when submitting their applications. The PQQ contains forms and templates for providing information etc. in accordance with the requirements in this Contract Notice. However, it is emphasised that it is the sole responsibility of the candidate that the information provided fulfils the requirements. The PQQ is available at the electronic tendering system.

Candidates are asked to submit their request to participate via the electronic tendering system. The request to participate cannot be submitted by e-mail. Even if a candidate or a tenderer is subject to an exclusion ground, it will not be excluded if it has provided sufficient documentation that it is reliable. DALO will decide whether the documentation is sufficient. DALO's assessment will be made according to the guidelines in section 138(1)-(4) of the Danish Act no. 1564 of 15 December 2015, as amended (the "Public Procurement Act"). No particular legal form is required. If the agreement is awarded to a group of suppliers (e.g. a consortium), the participants shall undertake joint and several liability and appoint one supplier to represent the group.

...

The contract for the acquisition and installation of the 3 FADRs has a total estimated value of EUR 120,000,000. The framework agreement for the acquisition of support for sustainment and training has a potential duration of 25 years, see the section "Renewal", and an estimated value of EUR 100,000,000. The estimated value is based on an annual acquisition need of EUR 4,000,000 per year for 25 years for three FADRs. It should be noted that the acquisition need of EUR 4,000,000 has been included in the calculation as present value, and that the payments to the supplier for the duration of the framework agreement will be subject to price adjustment according to the provisions in the framework agreement. Thus, the total estimated value of the contract and the framework agreement combined is EUR 220,000,000 (present value). The estimated value of the framework agreement is EUR 100,000,000 (present value) and the maximum value of the framework agreement EUR 200,000,000 (present value). The reason for the difference between the stated values is the uncertainty regarding the final value of the framework agreement, see below. Hence, the estimated value constitutes DALO's most qualified estimate of the value of the framework agreement at the present moment, while the maximum value constitutes the maximum value of purchases under the framework agreement in its duration. The uncertainty regarding the final value of the framework agreement is primarily caused by uncertainty with regard to the content and scope of the logistical setup of the specific FADRs that DALO ends up acquiring under this tender procedure. Regarding the section "Estimated duration": Note that the stated period of 300 months refers to the duration of the framework agreement, which is up to 25 years calculated from the delivery of the first of the FADRs. Thus, the actual duration is somewhat longer than 25 years and depends on the delivery time of the FADRs.

...

Please note that each candidate can only submit one request for participation. If the same legal entity is a part of or in any other way

participates in several applications, e.g. submits his own application and at the same time participates in a consortium which also applies for participation, the candidates shall ensure that the same legal entity's participation does not provide the opportunity for mutual coordination of their applications and offers. DALO reserves the right to request the candidates to demonstrate to DALO's satisfaction that the same legal entity's participation does not threaten transparency and distort competition between the tenderers.

...

According to the Defence and Security Directive, a candidate may rely on the economic and financial standing and/or technical and/or professional capacity of other entities, regardless of the legal nature of the links with the entities. If a candidate intends to rely on other entities and wants the capacity of such other entities to be taken into account when DALO assesses the suitability of the candidate, the candidate must prove that the other entities will and are obliged to provide the relevant resources at the disposal of the candidate. A template for a declaration from the supporting entity to this effect is included in the PQQ referred to above.

...

DALO reserves the right – but is not obliged – to use the remedies provided for in section 159(5) of the Danish Act no. 1564 of 15 December 2015, as amended, the Public Procurement Act, if requests to participate or offers do not fulfil the requirements of the tender documents. It should be noted that irrespective of the wording of the requirements of the tender documents to the effect that information, declarations and documentation must be submitted, e.g. concerning a description of the deliverables put up for tender, DALO is not prevented from obtaining additional information, etc., pursuant to the procedure in section 159(5), cf. section 159(6) of the Public Procurement Act. DALO demands that the candidate and each of the legal entities on whose economic and financial capacities the candidate relies undertake joint and several liability for the performance of the contract and the framework agreement.... Regarding the numbers of candidates to be invited for the second stage of the procedure it is specified that DALO will select 4 candidates by applying the criteria named "Criteria used for selection among the suitable candidates", unless DALO receives no more than 4 suitable/compliant requests for participation.

...

5.1.9 Selection criteria

Criterion:

Type: Economic and financial standing Name: Turnover

Description: The candidate must have had an annual turnover of at least EUR 150,000,000 in each of the last 3 financial years available. If the candidate is composed of a group of entities (e.g. a consortium), including temporary joint ventures, the annual turnover is calculated as the sum of all the participants' annual turnover in each of the last 3 financial years available. If the candidate relies on the economic and financial standing of an entity or entities, the annual turnover will be calculated as the sum of the candidate's and the entity or entities' annual turnovers in each of the last 3 financial years available. The request to participate must include the following: A statement or other documentation stating the candidate's annual turnover for the last 3 financial years available. Where groups of entities (e.g. consortiums), including temporary joint ventures, participate jointly in the tender procedure, the information must be provided for each of the participating entities. If the candidate relies on the economic and financial standing of another entity or other entities (e.g. a parent or sister company or a subcontractor), the information must also be provided for each such entity or entities.

Use of this criterion: Used

Criterion:

Type: Economic and financial standing

Name: Equity

Description: The candidate must have had a positive equity for each of the last 3 financial years available. If the candidate is composed of a group of entities (e.g. a consortium), including temporary joint ventures, the equity is calculated as the sum of all the participants' equities in each of the last 3 financial years available. If the candidate relies on the economic and financial standing of an entity or entities, the equity is calculated as the sum of the candidate's and the entity or entities' equities in each of the last 3 financial years available. The request to participate must include the following: A statement or other documentation stating the candidate's equity at the end of the last 3 financial years available. Where groups of entities (e.g. consortiums), including temporary joint ventures, participate jointly in the tender procedure, the information must be provided for each of the participating entities. If the candidate relies on the economic and financial standing of another entity or other entities (e.g. a parent or sister company or a subcontractor), the information must also be provided for each such entity or entities.

Use of this criterion: Used

...

Criterion: Type: Technical and professional ability

Name: Previous deliveries

Description: The candidate must provide a list of deliveries (references) carried out within the past 5 years prior to the deadline for the request to

participate. Only the deliveries performed at the time of the deadline for the request to participate will be considered when assessing if the minimum requirement stated below is fulfilled, and if relevant, which candidates have documented the most relevant previous deliveries, see "Criteria used for selection among the suitable candidates" below. If the delivery in question is ongoing, it is only the part of the services and supplies carried out within the last 5 years and completed at the time of the deadline for the request to participate which will be included in the assessment of the delivery. Consequently, if a part of the services/supplies has not been carried out within the last 5 years or if a part of the services/supplies has not been completed at the time of the deadline for the request to participate, this particular part will not be included in the assessment of the delivery. Therefore, it is important that the candidate clearly states which part (e.g. with regard to size, value, quantity or volume) of an ongoing delivery that has been carried out within the last 5 years. The description for each delivery (reference) should include: - the candidate's participation/role in the performance of the delivery, - the recipient(s) of the delivery and in particular whether the recipient(s) was/were a Ministry of Defence, or a subordinated authority to the Ministry of Defence, of a NATO member state, - information on the date of the delivery. When specifying the date for the delivery, the candidate should state the date for the commencement and completion of the delivery. If this is not possible, e.g. because the delivery in question is performed on an ongoing basis, the description of the delivery should nonetheless contain information on how the date is set, - the size/quantity/volume and value of the delivery, - a clear indication of the specific parts where the delivery is similar to the services and supplies described in the section "2.1 Procedure", and - an indication of whether the reference fulfils the minimum requirement stated below. The list must contain a maximum of 3 previous deliveries, regardless of whether the candidate is one entity, composed of a group of entities, or relies on the technical and professional capacity of other entities. If the list contains more than 3 references, DALO will only consider the first 3 references on the list. Please note that a candidate may rely on the technical and professional capacity of other entities (e.g. a parent or sister company or a sub-supplier), irrespective of the legal nature of the relations between the candidate and the entity or entities on which the candidate relies. The candidate must demonstrate experience with: • Delivery of minimum 1 ground based longrange air defence radar operating in the L- or S frequency band (IEEE) or the equivalent NATO D- or E/F frequency band, within the last 5 years prior to the deadline for the request to participate, and • support for sustainment and training services related to the delivery above. By "long-range" is understood an instrumented range of at least 256 nautical miles in rotating mode. By "support for sustainment" is understood delivery of spare parts, repair services and technical support.

Use of this criterion: Used

...

Criterion:

Type: Technical and professional ability

Name: Criteria used for selection among the suitable candidates.

Description: The limitation of candidates will be based on the following selection scheme and selection requirements: SELECTION REQUIREMENT 1: Based on the list of references submitted according to the selection criterion "Previous deliveries", the candidate should demonstrate delivery of a ground based long-range air defence radar with both the technologies stated in the section "2.1 Procedure", points A and B. If more than four candidates fulfil Selection Requirement 1, DALO will, on the basis of the list of references submitted by the candidate according to the selection criterion "Previous deliveries", select the four candidates (among the candidates who fulfil Selection Requirement 1) based on an evaluation of which candidates have documented the most relevant previous deliveries in comparison to the description in the section "2.1 Procedure" above. In the evaluation, DALO will take into account the nature and quantity of the previous deliveries. DALO will in particular take into account whether the recipient of the delivery is a Ministry of Defence, or a subordinated authority to the Ministry of Defence, of a NATO member state. If less than four candidates fulfil Selection Requirement 1, DALO will select the remaining candidates based on Selection Requirement 2. SELECTION REQUIREMENT 2: The candidate should have developed a prototype of a ground based long-range air defence radar with both the technologies stated in the section "2.1 Procedure", points A and B, and have entered into a contract regarding the candidate's delivery of a ground based long-range air defence radar produced on the basis of said prototype. In this connection a prototype is deemed to have been developed if the prototype, as a minimum, has been put into full functional use in a test environment or similar. If more than four candidates fulfil Selection Requirements 1 and 2, DALO will select the remaining candidates (among the candidates which only fulfil Selection Requirement 2) based on the relevance of the candidates' references, as described under Selection Requirement 1. If less than four candidates fulfil Selection Requirements 1 or 2, DALO will select the remaining candidates based on Selection Requirement 3. SELECTION REQUIREMENT 3: The candidate should have developed a prototype of a ground based longrange air defence radar with both the technologies stated in the section "2.1 Procedure", points A and B. In this connection, a prototype is deemed to have been developed if the prototype, as a minimum, has been put into full functional use in a test environment or similar. If more than four candidates fulfil Selection Requirements 1, 2 and 3, DALO will select the remaining candidates (among the candidates which only fulfil Selection Requirement 3) based

on the relevance of the candidates' references, as described under Selection Requirement 1. If less than four candidates fulfil Selection Requirements 1, 2 or 3, DALO will select the remaining candidates on the basis of the relevance of the candidates' references, as described under Selection Requirement 1. The candidate should submit information on whether the candidate fulfils Selection Requirements 2 and 3. By "long-range" is understood an instrumented range of at least 256 nautical miles in rotating mode. Please note that any ambiguities and/or incomprehensibilities in the information submitted may be regarded negatively in the evaluation when selecting the limited numbers of candidates. Please note that a candidate may rely on the technical and professional capacity of other entities (e.g. a parent or sister company or a sub-supplier), irrespective of the legal nature of the relations between the candidate and the entity or entities on which the candidate relies.

Use of this criterion: Used

The criteria will be used to select the candidates to be invited for the second stage of the procedure

Information about the second stage of a two-stage procedure:

Minimum number of candidates to be invited for the second stage of the procedure: 4

Maximum number of candidates to be invited for the second stage of the procedure: 4

...

Under prækvalifikationsfasen besvarede FMI blandt andet følgende spørgsmål:

...

Spørgsmål: <i>"128703-2024 – Competition" notice reference – 2.1.4 General information - "Procurement documents" - "...each candidate can only submit one request for participation. ... the candidates shall ensure that the same legal entity's participation does not provide the opportunity for mutual coordination of their applications and offers. DALO reserves the right to request the candidates to demonstrate to DALO's satisfaction that the same legal entity's participation does not threaten transparency</i>	Svar: <i>It will depend on DALO's specific assessment whether a candidate shall provide information or documentation regarding these matters. This assessment will be made based on the received requests for participation. Thus, DALO cannot in advance specify when such information or documentation shall be provided by a candidate nor can DALO in advance specify the form and content hereof.</i>
--	--

<i>and distort competition between the tenderers."</i> <i>Is a vendor that submits two different products in two separate participation requests (one as a prime contractor with one product and the second as a sub-contractor with the other product), required to demonstrate to DALO that the quoted above requirements are satisfied?</i> <i>If the answer is "yes", please indicate the format of such proof.</i>	<i>Candidates are, if necessary, encouraged to seek legal assistance on this subject matter.</i>
--	---

...

Inden fristen for ansøgning om prækvalifikation den 19. april 2024 modtog FMI syv ansøgninger om prækvalifikation, herunder fra Northrop Grumman, ELTA Systems Ltd. (herefter "ELTA"), HENSOLDT Sensors GmbH (herefter "HENSOLDT") og Lockheed Martin Global, Inc. (herefter "Lockheed Martin").

Af Northrop Grummans ansøgning med tilhørende "Prequalification questionnaire" ("PQQ") af 18. april 2024 fremgår blandt andet:

"...

REFERENCE NO 1

...

Short description	NGIT offers a portfolio of secure, affordable, integrated and multi-domain systems, solutions and technologies to protect the U.S. and its global allies.
-------------------	---

...

Subject	Further description of the reference (the cells can be expanded as needed)
State the company's participation/role in the performance of the delivery.	Northrop Grumman (NGC) is the prime contractor manufacturing and delivering the AN/TPS-80 Ground/Air Task Oriented Radar (G/ATOR) system. NGC meets all the requirements in this PQQ. If selected to be a prequalified tenderer, NGC will propose based upon the provided tender documents.
State the recipient(s) of the delivery and in particular whether the recipient(s) was/were a Ministry of Defence, or a subordinated authority to the Ministry of Defence, of a NATO member state.	Deliveries have been provided to the United States Department of Defense, specifically the United States Marine Corps and the United States Air Force. The United States of America is a NATO member state. The AN/TPS-80 is the only multi-mission ground based Active Electronically Scanned Array (AESA) radar that has been designed, tested, and is in full-rate production for the U.S. Department of Defense (DoD). The Northrop Grumman AN/TPS-80 based offering can provide buyers with superior operational performance, thoroughly tested and documented operational capabilities, and the assurance that buyers can participate in and reap the benefits of lower life-cycle costs of an ongoing multi-Billion dollar U.S. DoD production Program of Record.

Subject	Further description of the reference (the cells can be expanded as needed)
State information on the date of the delivery. <i>When specifying the date for the delivery, the candidate should state the date for the commencement and completion of the delivery. If this is not possible, e.g. because the delivery in question is performed on an ongoing basis, the description of the delivery should nonetheless contain information on how the date is set</i>	... Further description of the reference (the cells can be expanded as needed) Northrop Grumman's AN/TPS-80 deliveries represent 12 separate contract awards from Low-Rate Initial Production (LRIP) through Full Rate Production (FRP) beginning in 2015 through 2024. 2017 - 2019 = 11 systems 2020 = 3 systems 2021 = 3 systems 2022 = 6 systems 2023 = 4 systems 2024 = 9 systems [3 delivered by April 30, 2024, 6 projected through remainder of 2024]
State the size/quantity/volume and value of the delivery.	A total of 60 AN/TPS-80 systems are under contract and 30 systems will be delivered by April 30, 2024. The 30 systems delivered are valued at approximately USD \$1.0B.

State a clear description of which specific parts of the delivery are similar to the services and supplies, described in the section “2.1 Procedure” in the Contract Notice.

NGC has designed and manufactured ground radars at many different frequency bands.

Over 50 years of experience in tactical air defense ground radars indicates that S-Band is the ”Sweet Spot” for tactical air defense radars i.e. if one overlays the multiple requirements for tactical air defense listed below, all of which the AN/TPS-80 excels.

The AN/TPS-80 multi-mission system was developed for the United States Marine Corps (USMC) and is in Full Rate Production (TRL-9) with the United States Marine Corp as of June 2019 and more recently the United States Air Force (USAF). The system performance has been validated by thousands of hours of Marine Corps and Northrop Grumman testing.

AN/TPS-80 is a high performance, S Band multi-mission AESA radar based on highperformance Gallium Nitride (GaN) T/R modules, each individually digitally controlled. [REDACTED] The AN/TPS-80 is designed to easily update hardware, and incorporate new software based capability. This has been demonstrated by the continuing addition of capability into the AN/TPS-80 system, which now includes multiple air missions (Short Range Air Defense, Tactical Air Operations Center, Expeditionary Air Traffic Control (including weather), Extended Range Surveillance, Medium Range Intercept Capability) and ground missions (counter battery modes include Close and Normal 1600 mil and 3200 mil modes and Friendly Fire Registration).

The AN/TPS-80 with integrated monopulse secondary surveillance radar (SIF/IFF

Interrogator with Mode 1, 2, 3, C, 4, 5 and Mode S) provides early warning by 3-D detection and tracking of air targets. The radar has an integral tracker optimized for targets in the atmosphere. These targets include aircraft and cruise targets that are powered and that can maneuver, such as single or mass air raid, jammers, popup helicopters, light aircraft, Unmanned Air Systems (UAS), cruise missiles and tactical ballistic missiles. Cooperating IFF targets are interrogated on all modes and the data merged with the primary radar returns.

The radar can operate in a local standalone mode or fully integrated into a remote Air Operations system. The radar provides support to operators either in the remote Operations Center or located at the radar to perform control and guidance of mission aircraft on combat, combat support, or training/exercise missions as well as for air-space management of routine or emergency navigational guidance and assistance to military and civilian aircrafts.

When integrated into an Air Operations network, the AN/TPS-80 transmits the detection messages to the Operations Centers via the existing customer network in standard formats (ASTERIX, for example). The radar's multiple data output ports allow output messages to be transmitted to not only a local Operations Center but also to adjacent Operations Centers and/or other civil/military agencies including training centers. In addition, when the radars are connected in a network with

Subject	Further description of the reference (the cells can be expanded as needed)
	... overlapping radar coverage, the ability to develop tracks and identify targets at the Operations Centers is enhanced. The radar's high reliability and thorough monitoring and fault isolation system assure that the radar is operating at all times and that the technician is always aware of the state of the radar. This information is available locally in the radar and at a remote Radar Control Unit if provided with each radar system for installation at an adjacent Operations Center. ██████. During a USMC Air Policing Mission in 2021 to 2022 the AN/TPS-80 G/ATOR system was integrated into the NATO Air Command and Control System. ██████. NGC will evaluate the two fixed sites' existing radomes for size and RF combability and plan to install a radome to the third fixed radar site. ██████.

Subject	Further description of the reference (the cells can be expanded as needed)
Does the reference include the delivery of a ground based long-range air defence radar with both the following two technologies: <i>A. Full AESA (Active Electronically Scanned Array) with the ability to steer the beams electronically in both azimuth as well as in elevation, i.e., where each antenna element is controlled individually with its own transmit/receive module.</i> <i>B. The ability to focus on a limited sector for obtaining greater range, accuracy, update rate and probability of detection, e.g., by using a so-called Stop-and-Stare mode.</i> By “long-range” is understood an instrumented range of at least 256 nautical miles in rotating mode.	... Further description of the reference (the cells can be expanded as needed) The AN/TPS-80 is the only multi-mission ground based full Active Electronically Scanned Array (AESA) radar that has been designed, tested, and is in full-rate production for the U.S. Department of Defense (DoD). S-Band is the “Sweet Spot” for tactical air defense radars enabling numerous beneficial features, including large volume target detection (>256 nmi instrumented range), fire control quality data, rapid promotion from initial threat detection to engagement-quality track generation and verification, precise 4-dimensional target position and velocity determination, all-weather performance, minimum system Size/Weight/and Power (SWAP), maximum RF spectrum availability and associated anti-jam performance, minimal ground transport and air transport (e.g. single C-130 transport, helo lift), and low power consumption (60 kW). [REDACTED]

Subject	Further description of the reference (the cells can be expanded as needed)
Does the reference fulfill the following minimum requirement: <i>“[...]</i> <i>• Delivery of minimum 1 ground based long-range air defence radar operating in the L- or S frequency band (IEEE) or the equivalent NATO D- or E/F frequency band, within the last 5 years prior to the deadline for the request to participate, and</i> <i>• support for sustainment and training services related to the delivery above.</i> <i>By “long-range” is understood an instrumented range of at least 256 nautical miles in rotating mode. By “support for sustainment” is understood delivery of spare parts, repair services and technical support.”</i>	... Further description of the reference The AN/TPS-80 is a high performance, S Band multi-mission AESA radar based on highperformance Gallium Nitride (GaN) T/R modules, each individually digitally controlled. [REDACTED] The AN/TPS-80 is designed to easily update hardware and incorporate new software-based capability. This has been demonstrated by the continuing addition of capability into the AN/TPS-80 system, which now includes multiple air missions (Short Range Air Defense, Tactical Air Operations Center, Expeditionary Air Traffic Control (including weather), Extended Range Surveillance, Medium Range Intercept Capability) and ground missions (counter battery modes include Close and Normal 1600 mil and 3200 mil modes and Friendly Fire Registration). The AN/TPS-80 system has validated logistics & sustainment programs offering US DoD and international customers lifecycle cost savings & stability of spares, repairs, training, and technical services.

...

Efter gennemgang af HENSOLDTs ansøgning fremsatte FMI den 3. juni 2024 følgende anmodning (indeholder ekstraheringer):

”...

Your application gives rise to the following request for clarification:

Regarding reference no. 1 (included in Doc-4):

- a. It is DALO's understanding that reference no. 1 concerns the delivery of [ekstraheret] Radars [ekstraheret], and that these three deliveries are included in a program that covers the delivery of [ekstraheret] long-range radars and [ekstraheret] medium range radars. Can you confirm that at least one of the three delivered [ekstraheret] Radars included in reference no. 1 is a long-range radar?
- b. If question a. is answered affirmatively, can you confirm that reference no. 1 has also included delivery of both spare parts, repair services, technical support and training services related to the delivered long-range radar(s) covered by reference no. 1, all of which have been performed prior to the deadline for the request to participate (19 April 2024)?

Regarding reference no. 2 (included in Doc-4):

- a. Can you confirm that reference no. 2 has included the delivery of both spare parts, repair services, technical support and training services related to the delivered long-range radars covered by reference no. 2, all of which have been performed prior to the deadline for the request to participate (19 April 2024)?
- ...”

HENSOLDT besvarede den 7. juni 2024 anmodningen således (indeholder ekstraheringer):

”...

Reference number 1:

1. The [ekstraheret] Radar deliveries mentioned in reference #1 include both Medium-Range and Long-Range radar versions. We can confirm that at least one delivered system is a Long-Range radar.
2. The radar deliveries, in reference #1, included delivery of spare parts, repair services, technical support, radar manuals and training services. These activities & deliveries were performed prior to the PQQ deadline.

Reference number 2:

1. The radar deliveries, in reference #2, included delivery of spare parts, repair services, technical support, radar manuals and

training services. These activities & deliveries were performed prior to the PQQ deadline.

...”

Det fremgår af sagen, at ELTA i sin egen ansøgning havde gjort bemærkninger om sin rolle i HENSOLDTs ansøgning. Ligeledes fremgår, at FMI den 28. juni 2024 anmodede ELTA om yderligere at redegøre herfor. Anmodningen blev besvaret den 3. juli 2024. FMI's anmodning til ELTA og ELTAs besvarelse er ikke fremlagt for Northrop Grumman.

I anledning af Lockheed Martins ansøgning fremsatte FMI den 6. juni 2024 følgende anmodning (indeholder ekstraheringer):

”...

DALO has noted the following in your application:

- a. You have stated the company name “Lockheed Martin Global, Inc.” and the address “497 Electronics Parkway, Liverpool, NY 13088 USA” in the cover letter (pdf-page 1), in section 1.1 of the application (pdfpage 4), and in the self-declaration attached to your application.
- b. However, you have also stated the following in your application:
 1.
 1. In section 1.1 of the application and in the attached self-declaration you have stated the company registration number [ekstraheret]. According to DALO's information, this is the [ekstraheret]
 2. In Template 4 of the application ("Information regarding the economic and financial standing") you have stated the name “Lockheed Martin Global, Inc. [ekstraheret] It is DALO's understanding that “Lockheed Martin Global, Inc. [ekstraheret] refers to [ekstraheret]. However according to DALO's information this [ekstraheret]
 3. In Template 4 of the application (“Information regarding the economic and financial standing”) you have stated the company registration number [ekstraheret]. Accordin to DALO's information this is the [ekstraheret]
 4. In Template 4 of the application (“Information regarding the economic and financial standing”) you have stated [ekstraheret] see 5.1.9 in the Contract Notice. However, it is DALO's understanding that [ekstraheret]

You are kindly requested to submit your remarks to the above-mentioned findings by answering this message no later than 12th June 2024. Your remarks should be as precise and structured as possible, and include specific references to company names, company identification numbers, and addresses.”

Lockheed Martin besvarede den 10. juni 2024 anmodningen således (indeholder ekstraheringer):

”...

1. Lockheed Martin Global, Inc. (“LMGI”) [ekstraheret]
2. The Lockheed Martin Global, Inc. – [ekstraheret] As Lockheed Martin Global, Inc. has both [ekstraheret] For Template 4, it was determined that [ekstraheret] The home office or registered address for Lockheed Martin Global, Inc. is [ekstraheret] Whereas the address of the entity stated in the application “[ekstraheret]
3. As stated in the response to question 1 above, as Lockheed Martin Global, Inc. [ekstraheret] and Lockheed Martin Global, Inc. (“LMGI”) [ekstraheret]
4. Confirm that the stated figures are [ekstraheret]. Based on the responses DALO provided during the PQQ Question and Answer for 0330403 and 300404, the determination was that the information provided in Template 4 was appropriate and relevant. If additional financial information regarding Lockheed Martin Global, Inc. is required, please advise. Alternatively, the consolidated Annual Reports for Lockheed Martin Corporation are located: ...”

Den 18. juni 2024 fremsatte FMI følgende anmodning til Lockheed Martin (indeholder ekstraheringer):

”...

It is DALO’s understanding, at [ekstraheret] is [ekstraheret], and that [ekstraheret] has [ekstraheret]”

- a. Can you please confirm DALO's understanding and state a registration number or other unique company number for [ekstraheret]
- b. You are kindly requested to submit the following information for
 1. The entity's annual turnover in each of the last 3 financial years available

2. The entity's equity at the end of each of the last 3 financial years available

Reference is in general made to section 5.1.9 in the Contract Notice (the criterions "Turnover" and "Equity").

Please note that the consolidated Annual Reports you linked to in your letter of June 10, 2024 concern [ekstraheret], and thus is by DALO deemed not to be sufficient.”

Lockheed Martin besvarede den 20. juni 2024 anmodningen således (indeholder ekstraheringer):

”LMGI confirms DALO's understanding. The tax identification number (TIN) [ekstraheret] it's [ekstraheret] registration number is [ekstraheret].

Please see the attached updated Template 4 for [ekstraheret] The updated template utilizes [ekstraheret].”

Lockheed Martin fremsendte sammen med besvarelsen en udfyldt “Template 4” med de omhandlede regnskabstal for 2021-2023.

Af evalueringsnotat for prækvalifikationen af 16. august 2024 fremgår blandt andet:

”As part of the assessment of the prequalification applications, DALO choose to request three applicants to clarify certain information provided in their prequalification application:

- HENSOLDT was asked to specify certain information provided in two of the submitted references (previous delivery). Thus, for one of the references, HENSOLDT was requested to confirm DALO's understanding that at least one of the delivered radars was a long-range radar. For both references, HENSOLDT was requested to confirm DALO's understanding that both references included the delivery of all the relevant support and training services, and that those deliveries were related to the delivered long-range radar included in the respective references.
- LOCKHEED MARTIN was asked to specify certain information regarding the applicant. Thus, LOCKHEED MARTIN was requested to confirm DALO's understanding that the applicant of the application was “Lockheed Martin Global, Inc.” with the registered home address “251 Little Falls Drive, Wilmington, DE

19808 USA“. Furthermore, LOCKHEED MARTIN was requested to submit the registration number and relevant figures (turnover and equity) for the applicant.

- ELTA was requested to submit further information regarding the fact that ELTA participates as an applicant in its own application as well as a supporting entity in HENSOLDT's application. Thus, ELTA was requested to submit information regarding the process of the preparation of these two applications and, furthermore, information regarding the intended process for the preparation of offers, if both ELTA and HENSOLDT were to be prequalified.

All three applicants supplemented their respective prequalification application to DALO's satisfaction.

The following applicants are not found to have complied with formal requirements and/or the minimum requirements set out in the Contract Notice:

- LEONARDO
- NGIT

The specific reasons are stated in the respective rejection letters.”

FMI besluttede herefter at prækvalificere HENSOLDT, ELTA, Lockheed Martin og Thales Nederland B.V.

I brev af 16. august 2024 meddelte FMI afslag på Northrop Grummans ansøgning om prækvalifikation. Af brevet fremgår blandt andet:

”Thus, it is a documentation requirement that the candidate submits up to three separate references, each describing a specific delivery, which each should contain the information stated under the criterion “Previous deliveries”.

You have submitted one “reference” (page 11-15 in your application). However, this does not describe a specific delivery with specific information. Instead, it provides a general and overarching program description related to the AN/TPS-80 Ground/Air Task Oriented Radar (G/ATOR) system, including a large range of deliveries, not enabling DALO to determine which specific deliveries of supplies and/or services have been made and at what point in time.

Consequently, your application does not meet the above-mentioned documentation requirement. Thus, DALO cannot take your application into account.
 ...”

I brev af 27. august 2024 til FMI gjorde Northrop Grumman indsigelse mod prækvalifikationsbeslutningen. Parterne holdt herefter et møde den 30. august 2024.

I brev af 2. september 2024 til Northrop Grumman skrev FMI blandt andet følgende:

”In continuation of your letter of 27 August 2024 and the debrief meeting held on 30 August 2024, we hereby provide you a written follow-up as you requested at the meeting.
 ...

As also stated in DALO’s letter of August 19 2024, and as further explained at the meeting, DALO’s decision is generally based on the following:

Based on the form of documentation described in article 42(1)(a)(II) in the Defence and Security Procurement Directive, candidates were as part of the application required to submit a list with up to three previous deliveries as documentation for compliance with the minimum requirement regarding previous deliveries and to be used by DALO for the selection of candidates. This was more specifically stated as a documentation requirement under the criterion “Previous deliveries”, see section 5.1.9 of the Contract Notice. As clearly stated herein, the candidates were thus required to describe up to (and no more than) three specific deliveries in their application; each of which constituted a reference.

As mentioned, it is DALO’s assessment that NGIT’s application is not in accordance with this documentation requirement.

In this connection it should be noted that DALO has not based this assessment on the point that “*NGIT has only submitted one reference rather than the maximum of 3 references*” as stated in your letter of 27 August 2024.

On the contrary, DALO has based the decision on the fact that the information provided under “REFERENCE NO 1” in your application does not describe a specific delivery. Instead, it provides a general description of the “AN/TPS-80 Ground/Air Task Oriented Radar

(G/ATOR) system” which is offered by NGIT. It also refers to large range of deliveries of this system in the period 2017-2024 which are stated to “*represent 12 separate contract awards*” but the individual deliveries are in no way specified, nor is it clear which of these 12 contracts the individual deliveries relate to.

The way NGIT has 'grouped' the deliveries into one overall description also has the consequence that DALO cannot objectively “select” three deliveries from this overall description. And even if DALO did so it would not be possible to determine the specific content of the selected deliveries, in particular whether NGIT had performed support for sustainment and training services related to the deliveries, which, as you know, was a technical minimum requirement, see section 5.1.9 in the Contract Notice.

Furthermore, DALO cannot simply take the full description into account, as doing so would conflict with the rule of maximum three deliveries as stipulated in the Contract Notice.

Thus, in general DALO cannot include the overall description provided under “REFERENCE NO 1” in the assessment of NGIT’s application, as this would conflict with the principles of equal treatment and transparency under EU public procurement law.

It is DALO’s view that the descriptions provided in the Contract Notice do not leave any reasonable doubt about how the list of previous deliveries was to be completed. In this connection, it should be noted that none of the other candidates in the tender procedure completed the list of deliveries in the same way as NGIT. It should also be noted that the approach in the Contract Notice, including the descriptions provided, is a common method used not only by DALO, but several other contracting authorities conducting EU tender procedures, when requiring documentation for candidates' experience with previous deliveries. The approach does not in general give rise to misunderstandings.

...

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Northrop Grumman har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 a-2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

FMI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1a-2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 a har Northrop Grumman gjort gældende, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at have afvist ansøgningen om prækvalifikation fra Northrop Grumman som ukonditionsmæssig, uanset at Northrop Grumman opfylder de stillede krav til egnethed og udelukkelse.

FMI's afvisning af Northrop Grummans ansøgning beror alene på FMI's påstand om, at ansøgningen ikke opfylder mindstekravene til teknisk og faglig formåen. Northrop Grummans ansøgning må derfor anses som konditionsmæssig, i det omfang Northrop Grumman faktisk vurderes at opfylde kravene til teknisk og faglig formåen, som de fremgår af udbudsmaterialet.

FMI's afvisning synes at bero på en uberettiget og indskrænkende fortolkning af, hvad der berettiget kan angives som én og samme "reference", og en forkert forudsætning om, at samtlige de delelementer, som FMI har angivet vedrørende teknisk og faglig formåen i udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.9, udgør mindstekrav.

Udbudsmaterialet kan ikke udlægges med de anførte forudsætninger og krav til ansøgernes oplysninger og udformning af PQQ. Northrop Grummans PQQ indeholder under alle omstændigheder alle de pågældende oplysninger.

Af FMI's brev af 2. september 2024 fremgår, at FMI som begrundelse for det meddelte afslag på ansøgningen om prækvalifikation har lagt til grund, at Northrop Grumman har fremlagt 12 særskilte referencer i sit PQQ, fordi Northrop Grummans løbende leverancer til United States Department of Defense (herefter DoD) formelt set relaterer sig til 12 separate bestillinger.

FMI er ikke berettiget til at anse Northrop Grummans oplysninger og angivne ene reference på denne måde. Northrop Grumman har været berettiget til at anse og angive leverancerne som én samlet reference og har klart og entydigt i sit PQQ oplyst, at der alene var tale om én samlet reference indeholdende 12 leverancer under rammeaftalen med DoD.

Det fremgår af PQQ'et, at der er tale om løbende/successive leverancer af det samme radarsystem til én og samme kunde, DoD, og i henhold til den samme rammeaftale og det samme samarbejdsforhold mellem parterne.

Det er alment accepteret praksis, at et samarbejdsforhold og de udførte leverancer under en rammeaftale oplyses som én samlet reference ved ansøgninger om prækvalifikation. Dette gælder uanset, at der formelt set er tale om særskilte kontrakter (i form af ordrer/leveranceaftaler), tildelinger heraf og udførte leverancer.

FMI's forståelse af referencebegrebet indebærer, at flere leverancer foretaget løbende i henhold til en rammeaftale ikke berettiget kan oplyses som én reference, idet hver enkelt bestilling og leverance i henhold til en rammeaftale efter FMI's opfattelse skal angives særskilt.

Rammeaftaler udgør en meget væsentlig andel af kommercielle samarbejdsforhold og er dermed ofte relevante som referencer med henblik på at dokumentere relevant erfaring og dermed den påkrævede tekniske og faglige formåen i offentlige udbud.

Opdeling af flere leverancer foretaget i henhold til én rammeaftale og angivelse af disse som særskilte referencer vil efter omstændighederne kunne udgøre en kunstig og uberettiget opdeling af én kundereference i et forsøg på at angive et uretmæssigt stort antal særskilte referencer.

Hverken udbudsbekendtgørelsen eller PQQ'et adresserer eksplicit, hvornår der er tale om én henholdsvis flere referencer, herunder i forhold til tilfælde af successive leveringer til samme kunde, eksempelvis i henhold til en rammeaftale.

Det følger tværtimod implicit af udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.19, at én reference godt kan bestå af løbende/successive leverancer til samme kunde. FMI har således tilkendegivet, at én og samme reference/leverance kan bestå af en række løbende leverancer.

Det ville være helt vilkårligt og usagligt, hvis selve fordelingen af leverancer på én kontrakt/ordre henholdsvis på flere forskellige kontrakter/ordrer skulle være afgørende for, hvorvidt de pågældende leverancer kan oplyses som én eller flere referencer.

Northrop Grummans leverancer til DoD bør ikke anskues som 12 særskilte leverancer, blot fordi der principielt foreligger 12 separate kontrakter/ordrer, der er foretaget i henhold til samme rammeaftale og samarbejdsforhold.

FMI ses også i afslagsbrevet af 16. august 2024 at have anerkendt, at der er tale om én samlet reference.

Northrop Grummans ansøgning ville desuden ikke være ukonditionsmæssig, selv hvis Northrop Grumman havde angivet 12 referencer. I dette tilfælde ville konsekvensen derimod være, at FMI alene ville inddrage de første tre referencer, jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.19. Hvis FMI alene havde inddraget de første tre referencer inden for den relevante periode, ville Northrop Grumman også have opfyldt de stillede mindstekrav og bekræftet dette i sit PQQ. Dette er en følge af, at samtlige leverancer angår levering af samme radarsystem samt ydelse af ”support for sustainment and training services”.

FMI har over for Northrop Grumman tilkendegivet, at mindst én af de prækvalificerede ansøgere i sin ansøgning havde angivet flere end tre referencer. Den pågældende ansøgning blev uanset dette vurderet som konditionsmæssig. FMI kunne under behørig iagttagelse af ligebehandlingsprincippet derfor heller ikke afvise Northrop Grummans ansøgning som ukonditionsmæssig som følge af et for stort antal referencer.

En eventuel uklarhed om forståelsen af begrebet ”leverance” eller ”reference”, og dermed en eventuel uklarhed vedrørende mindstekravet, er ifølge klagenævnets faste praksis ordregivers risiko og kan ikke lægges Northrop Grumman til last, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 4. marts 2016, Biblioteksmedier A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.

FMI's beskrivelse i udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.9 vedrørende kravene til teknisk og faglig formåen henviser flere steder til ”the minimum requirement stated below”. Alene de krav, der relaterer sig til denne henvisning, kan anses som mindstekrav.

Mindstekravet om angivelse af tidligere leverancer indebærer efter sin ordlyd udelukkende et krav om, at tilbudsgivers ansøgning – i et eller andet omfang – skal indeholde oplysning om tilbudsgivers erfaring med at levere lignende ydelser.

FMI har ikke stillet krav til et mindsteantal leverancer/referencer, idet FMI alene har angivet, at der maksimalt kan indleveres tre referencer. Retsvirkningen af, at der måtte være indleveret flere end tre referencer, er ikke afvisning, men at alene de tre først oplistede referencer vil blive taget i betragtning.

Northrop Grumman har på baggrund af redegørelsen for leverancerne til DoD i det udfyldte PQQ været berettiget til at anse leverancerne som én samlet reference og derfor angivet dem samlet i sit PQQ. Northrop Grummans ansøgning opfylder derfor det grundlæggende krav om at inkludere en beskrivelse af tidligere leverancer/referencer.

Northrop Grummans leveringer til DoD angår ét og samme radarsystem og dertil knyttede ydelser, og Northrop Grumman har i det indleverede PQQ utvetydigt bekræftet, at dette system opfylder de specificerede tekniske krav, og at Northrop Grumman har leveret ”support for sustainment” og ”training services” i relation til de leverede systemer.

Northrop Grummans ansøgning opfylder allerede derfor de stillede mindstekrav vedrørende teknisk og faglig formåen, og ansøgningen er dermed konditionsmæssig.

Northrop Grummans ansøgning opfylder under alle omstændigheder kravene til, hvilke oplysninger ansøgningen burde indeholde. Alle de forskellige delelementer er adresseret i Northrop Grummans beskrivelse af leverancerne i PQQ’et.

Særligt vedrørende påstand 1 a har FMI gjort gældende, at FMI var berettiget til at afvise Northrop Grummans ansøgning som ukonditionsmæssig.

Der var i udbudsbekendtgørelsen fastsat et dokumentationskrav om, at en ansøgning skulle indeholde en liste med maksimalt tre leverancer/referencer. Disse skulle FMI anvende til at vurdere, om ansøgerne opfyldte minimumskravene til teknisk formåen og til at foretage udvælgelsen blandt

egnede kandidater, jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.9. Det var ikke et mindstekrav, at hver leverance blev beskrevet med alle de oplistede detailoplysninger, der fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.9.

Én leverance kan omfatte flere delleverancer, og dette var også baggrunden for det anførte i udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.9 om en "ongoing delivery". Dette forudsætter dog, at der er tale om delleverancer under samme kontraktforhold.

Northrop Grummans klageskrift må forstås således, at beskrivelsen i Northrop Grummans PQQ under "REFERENCE NO 1" dækkede over én leverance/reference, idet alle de beskrevne leverancer skulle være udført under én og samme rammeaftale med DoD. Det har imidlertid ingen støtte i ansøgningen.

Det anførte i Northrop Grummans ansøgning under "REFERENCE NO 1" fremtræder som en overordnet beskrivelse af Northrop Grummans virksomhed og af radarsystemet AN/TPS-80. Ansøgningen indeholdt ganske vist også en helt overordnet angivelse af en række leveringer af det pågældende radarsystem hen over perioden 2017-2024, men der var ingen beskrivelse af de enkelte leverancer, herunder grundlaget for de enkelte leverancer, eller hvem der var modtager heraf. Det fremgik, at de oplistede leverancer relaterede sig til 12 separat tildelte kontrakter.

Ansøgningen indeholdt ingen indikation af, at disse 12 separate kontrakter skulle være tildelt under én rammeaftale.

Det er heller ikke korrekt, at det fremgik af ansøgningen, at modtageren af alle leverancerne var DoD. Ansøgningen indikerede tværtimod, at det ikke gjorde sig gældende for alle de nævnte leverancer, men blot en del af dem.

FMI havde derfor ved sin gennemgang af Northrop Grummans ansøgning intet grundlag for at udlægge beskrivelsen af leverancerne på en sådan måde, som Northrop Grumman har anført. Tværtimod var FMI berettiget til at antage, at beskrivelsen dækkede over mindst 12 leverancer, hvilket var i strid med dokumentationskravet om, at ansøgningen maksimalt måtte indeholde tre leverancer. Dette er helt i tråd med fast klagenævnspraksis om, at en ansøger selv bærer risikoen for fejl og uklarheder i sin ansøgning, hvilket også var anført i udbudsbekendtgørelsen.

Det forhold, at en ansøgning angav flere leverancer end det tilladte, gjorde ikke i sig selv ansøgningen ukonditionsræssig, men indebar, at FMI i denne situation kunne nøjes med at inddrage de første tre leverancer på listen i sin vurdering, jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.19. Dette var imidlertid ikke muligt i forhold til Northrop Grummans ansøgning, da ansøgningen ikke indeholdt en "liste" af referencer som forudsat i udbudsbekendtgørelsen, men derimod indeholdt én samlet og overordnet beskrivelse af alle leverancerne. Det var ikke muligt på baggrund af beskrivelsen at udlede, hvad de enkelte leverancer bestod af, herunder hvilke af de 12 omtalte kontrakter de oplyste leverancer relaterede sig til.

Dette gjaldt både for radarsystemerne, men også for de tilknyttede vedligeholdelses- og træningsydelser, som Northrop Grumman alene havde henvist til ved en helt overordnet beskrivelse, som alene indikerede, hvad et vedligeholdelsesprogram til Northrop Grummans radarsystem kan omfatte, og ikke hvad der faktisk er sket af leverancer.

FMI kunne derfor ikke objektivt, med den fornødne sikkerhed og i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet udvælge tre leverancer af Northrop Grummans beskrivelse, hvilket var nødvendigt, for at FMI kunne vurdere, om én af disse dokumenterede opfyldelse af minimumskravet til teknisk formåen, eller om disse var udført inden for referenceperioden på fem år forud for ansøgningsfristen, altså ikke tidligere end den 19. april 2019. I den forbindelse skal det fremhæves, at de 11 første leverede systemer, der var oplyst i Northrop Grummans ansøgning, var angivet til at være leveret i 2017-2019.

Begreberne "delivery" og "reference" som anvendt i udbudsbekendtgørelsen kunne ikke give anledning til rimelig tvivl hos normalt påpasselige ansøgere. Den anvendte fremgangsmåde og terminologi er helt sædvanlig i udbudspraksis, og der blev heller ikke stillet spørgsmål hertil under udbuddet, ligesom ingen af de andre ansøgere udfyldte referencelisten på tilsvarende vis som Northrop Grumman.

Særligt vedrørende påstand 1 b har Northrop Grumman gjort gældende, at FMI under de foreliggende omstændigheder var forpligtet til at anmode Northrop Grumman om supplerende oplysninger, hvis FMI ikke anså Northrop Grummans referencebeskrivelse som tilstrækkelig til at

konkludere, at Northrop Grumman opfyldte mindstekravene til teknisk og faglig formåen.

FMI havde i udbudsbekendtgørelsen forbeholdt sig retten til at gøre brug af adgangen til at anmode ansøgerne om supplerende oplysninger, hvis de modtagne ansøgninger ikke opfyldte de stillede krav til teknisk og faglig formåen.

Udbudslovens § 159, stk. 5, indebærer som udgangspunkt kun en ret, men ikke en pligt, for ordregiver til at anmode om supplerende oplysninger eller dokumentation. Men benyttelsen af denne adgang skal ske under overholdelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2, som gælder tilsvarende efter forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Som det fremgår af prækvalifikationsrapporten, blev tre af de andre ansøgere efter ansøgningsfristen anmodet om at afgive supplerende oplysninger, der var af afgørende betydning for FMI's vurdering af, om de pågældende aktører kunne prækvalificeres.

I den forbindelse skal særligt fremhæves, at en anden ansøger (HENSOLDT) blev anmodet om at uddybe sine referencer specifikt i forhold til opfyldelse af mindstekravene til teknisk og faglig formåen, idet ansøgeren således blev anmodet om at oplyse, hvorvidt referencerne vedrørte mindst én "long range radar" samt levering af support og uddannelsesytelser.

Det må på baggrund af denne ansøgers ansøgning i sagens natur have været uklart for FMI, om ansøgerens referencer opfyldte de stillede mindstekrav, idet en teknisk afklaring herom i modsat fald ville savne mening.

Det svarer til de forhold, som FMI har fremhævet som uklarheder omkring Northrop Grummans opfyldelse af samme mindstekrav, der ifølge FMI ligger til grund for afvisningen af Northrop Grummans ansøgning som ukonditionsmæssig.

Når FMI valgte at indhente supplerende oplysninger om HENSOLDTs opfyldelse af mindstekravet, var FMI i medfør af ligebehandlingsprincippet tilsvarende forpligtet til at give Northrop Grumman mulighed for at afgive supplerende oplysninger om de forhold, som ifølge FMI måtte give anledning

til tvivl i forhold til Northrop Grummans opfyldelse af dette krav. Dette også henset til, at Northrop Grumman uden forbehold havde svaret bekræftende på, at referencen opfyldte mindstekravet.

Endvidere blev en anden ansøger (Lockheed Martin) givet mulighed for dels at oplyse, hvilken juridisk enhed der var ansøger, dels at afgive oplysninger om omsætning og egenkapital, der var strengt nødvendige for at vurdere, om ansøgeren opfyldte mindstekravene til økonomisk og finansiell formåen og således var konditionsræssig. Der var altså her tilsyneladende tale om oplysninger, der helt manglede i ansøgerens ansøgning, og som var af afgørende betydning for at kunne konkludere, om ansøgeren opfyldte de stillede mindstekrav til egnethed.

FMI foretog dermed en endog langt videregående afklaring, end der ville have været behov for at foretage i forhold til Northrop Grumman, hvor der højst var tale om en præcisering/udbygning af visse forhold vedrørende Northrop Grummans leverancer til DoD.

FMI var under disse omstændigheder, for at sikre behørig iagttagelse af ligebehandlingsprincippet, forpligtet til tilsvarende at afklare en eventuel tvivl vedrørende Northrop Grummans reference og dermed Northrop Grummans opfyldelse af mindstekravene til teknisk og faglig formåen. Dette følger også af EU-Domstolens dom af 29. marts 2012, sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 42 og 43.

Northrop Grumman befandt sig i al væsentlighed i samme situation som de ansøgere, som FMI anmodede om supplerende oplysninger fra.

En sådan teknisk afklaring ville have givet FMI fuld sikkerhed for, at Northrop Grummans reference opfyldte kravene til teknisk og faglig formåen, hvorved Northrop Grummans ansøgning ville have været konditionsræssig.

Særligt vedrørende påstand 1 b har FMI gjort gældende, at FMI efter udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1.4 havde forbeholdt sig ret til at indhente supplerende oplysninger til en ansøgning. FMI havde, som Northrop Grumman også anerkender, ikke pligt til at indhente sådanne oplysninger, hvilket også følger af fast klagenævnspraksis.

FMI var heller ikke efter ligebehandlingsprincippet forpligtet til at give Northrop Grumman mulighed for at meddele supplerende oplysninger.

Ensartede forhold må ikke behandles forskelligt, og forskellige forhold må ikke må behandles ensartet, jf. herved bl.a. EU-Domstolens dom af 29. marts 2012 i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl., hvori det fremgår af præmis 43, at en anmodning om supplerende oplysninger skal rettes mod alle virksomheder ”i samme situation”. Heraf følger modsætningsvis, at en sådan anmodning ikke skal – eller nødvendigvis kan – rettes mod virksomheder i forskellige situationer.

Omstændighederne for og indholdet af Northrop Grummans ansøgning var markant anderledes end for ansøgningerne fra Lockheed og HENSOLDT, og Northrop Grumman kunne ikke anses for at være i samme eller sammenlignelig situation som disse.

HENSOLDTs ansøgning indeholdt en liste over tidligere leverancer i overensstemmelse med det fastsatte dokumentationskrav i udbudsbekendtgørelsen, som efter FMI's vurdering udgjorde tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgningen opfyldte det fastsatte minimumskrav til teknisk formåen. FMI ønskede for god ordens skyld at få bekræftet sin forståelse af nogle helt konkrete og afgrænsede forhold. Der var således heller ikke tale om den situation, som er beskrevet i udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1.4, der netop forudsatte, at ansøgningen (eller tilbuddet) ikke opfyldte udbudsmaterialets krav. FMI's afklaring havde derimod snarere karakter af en kontrol i medfør af princippet i udbudslovens § 159, stk. 3, og allerede derfor er der på ingen måde tale om en sammenlignelig situation, som den Northrop Grumman befandt sig i.

For så vidt angår Lockheeds ansøgning ønskede FMI blot at få bekræftet sin forståelse af, at det var Lockheed, der var ansøger, idet ansøgningen angav to virksomhedsnumre. Heller ikke denne afklaring kan siges at være omfattet af den situation, som er beskrevet i udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1.4. I den forbindelse skal det fremhæves, at udbudsmaterialet ikke stillede krav om, at ansøgningerne skulle indeholde virksomhedsnumre, ligesom det var frivilligt for ansøgerne at benytte PQQ'et. Herudover var der tale om en åbenbar fejl, der ligger inden for kerneområdet for lovlige berigtigelser.

Heroverfor havde Northrop Grummans i sin ansøgning angivet en overordnet og ganske uklar beskrivelse af, hvad der fremstod som mindst tolv leverancer, hvilket som nævnt var i strid med dokumentationskravet om, at ansøgningen maksimalt måtte indeholde tre leverancer, og hvor FMI ikke inden for de udbudsretlige rammer havde mulighed for at foretage en udvælgelse. En berigtigelse af Northrop Grummans ansøgning ville som minimum have nødvendiggjort, at FMI havde stillet et helt åbent spørgsmål til Northrop Grumman om, hvad ”REFERENCE NO 1” egentlig dækkede over; en fremgangsmåde, der ikke alene ville afvige markant for den, der var anvendt over for HENSOLDT og Lockheed, men som også ville indebære en åbenlys risiko for, at Northrop Grumman blev givet mulighed for at fremsætte en ny ansøgning i strid med princippet i udbudslovens § 159, stk. 5, 2. pkt.

Selv hvis klagenævnet måtte komme frem til, at Northrop Grumman befandt sig i ”samme situation” som HENSOLDT og/eller Lockheed, indebærer dette ikke, at Northrop Grumman kan få medhold i sin påstand, som den er formuleret. FMI’s overtrædelse ville i givet fald have bestået i at have rettet henvendelse til HENSOLDT og/eller Lockheed og ikke i ikke at have givet Northrop Grumman mulighed for at meddele supplerende oplysninger. Indhentning af supplerende oplysninger er en ret – og ikke en pligt – for ordregiver. Udøvelsen af denne ret skal ske under overholdelse af en række betingelser, herunder ligebehandlingsprincippet, og hvis disse betingelser ikke overholdes, er konsekvensen alene, at selve indhentningen af supplerende oplysninger var uberettiget. At det forholder sig sådan, fremgår også klart af ordlyden af udbudslovens § 159, stk. 5.

Særligt vedrørende påstand 1 c har Northrop Grumman gjort gældende, at ELTA deltager i udbuddet på egen hånd, samtidig med at ELTA deltager i en anden tilbudskonstellation som støttende enhed til HENSOLDT. Begge tilbudsgivere er blevet prækvalificeret.

Aftalen mellem ELTA og HENSOLDT om at deltage sammen i udbuddet, uanset at ELTA kunne deltage og også deltog i udbudsprocessen på egen hånd, udgør en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale, jf. konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1.

FMI var forpligtet til at påse, om aftalen mellem ELTA og HENSOLDT var/er baseret på en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale, jf. herved

klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet ved Udviklings- og Forenklingsstyrelsen.

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler er nærmere reguleret i konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvorefter det er forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Det fremgår videre af bestemmelsens stk. 2, at en sådan aftale f.eks. kan bestå i at fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser, idet bestemmelsen dog ikke er udtømmende og kan omfatte adskillige tilfælde af koordineret adfærd.

Det fremgår af forarbejderne til konkurrenceloven, at forbuddet mod koordinering af tilbud, som altså kan danne grundlag for afvisning efter forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, omfatter et forbud mod enhver form for samarbejde mellem tilbudsgiverne forud for deres afgivelse af tilbud på en udbudt kontrakt, som har til formål eller til følge at fordreje konkurrencen mellem markedets aktører om opnåelse af kontrakten.

Aftalen mellem ELTA og HENSOLDT om at deltage sammen i udbuddet udgør en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale. Der henvises herved til ”Vejstribesagen” trykt i UfR 2020.524 H, hvor Højesteret fastslog, at en økonomisk aktør, der kan deltage i et udbud på egen hånd, skal gøre dette og således ikke kan indgå i en tilbudsgiverkonstellation sammen med en eller flere andre aktører.

Det kan uden videre lægges til grund, at ELTA kunne deltage på egen hånd, idet ELTA de facto har ansøgt om deltagelse også i eget navn og også er blevet prækvalificeret af FMI. Dermed har ELTA de facto opnået prækvalifikation to gange på samme udbud.

ELTA begrænser derfor konkurrencefeltet i udbuddet ved at optage to af fire pladser blandt de ansøgere, der ville blive prækvalificeret.

HENSOLDT opfyldte kravene til økonomisk og finansiel formåen. Hvis HENSOLDT ikke kunne deltage på egen hånd, kunne og burde HENSOLDT med henblik på deltagelse i udbuddet i stedet være gået sammen med en anden økonomisk aktør, der heller ikke kunne deltage på egen hånd, jf. herved præmisserne i Højesterets dom i UfR 2020.524.

Endvidere indebærer ELTAs deltagelse i HENSOLDTs tilbudsafgivelse samtidig med, at ELTA deltager på egen hånd, en oplagt risiko for konkurrencebegrænsende informationsudveksling mellem de to tilbudsgivere.

FMI har ikke nogen reel mulighed for på forhånd at sikre sig, at ELTA og HENSOLDT, som har sammenfaldende interesser i forhold til den fælles tilbudsafgivelse, ikke udveksler oplysninger af væsentlig betydning for afgivelsen af tilbud, hvilket vil have en direkte konkurrencebegrænsende virkning i forhold til konkurrencen.

Det bemærkes i den forbindelse, at der er tale om et udbud med forhandling, hvor der således vil skulle afholdes forhandlingsmøder og afgives tilbud ad flere omgange mv., hvilket øger risikoen for konkurrencebegrænsende koordinering mellem de to tilbudsgivere.

FMI har i hvert fald ikke godtgjort, at den mellem ELTA og HENSOLDT indgåede aftale og tilbudskonstellation mv. ikke indebærer en risiko for konkurrencebegrænsning mellem de to tilbudsgivere og/eller i relation til udbuddet som sådan.

FMI har på den baggrund ved at prækvalificere både ELTA og HENSOLDT, uanset den indgåede konkurrencebegrænsende aftale, handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Særligt vedrørende påstand 1 c har FMI gjort gældende, at Northrop Grumman ikke har godtgjort, at aftalen mellem ELTA og HENSOLDT om, at HENSOLDT anvender ELTA som støtteenhed, udgør en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale, jf. konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1.

HENSOLDT har blot udnyttet den helt gængse mulighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 42, stk. 2, for at basere sin tekniske formåen på en støtteenhed.

Det forhold, at ELTA selv havde den fornødne kapacitet til at deltage i udbuddet på egen hånd, gør ikke aftalen mellem HENSOLDT og ELTA til en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale. Det er i den forbindelse en stærkt

misvisende udlægning af Højesterets dom i "Vejstribesagen", at en økonomisk aktør, der kan deltage i et udbud på egen hånd, skal gøre dette og ikke kan indgå i en tilbudsgiverkonstellation sammen med en eller flere andre aktører.

Denne sags omstændigheder adskiller sig på en række væsentlige punkter markant fra omstændighederne i "Vejstribesagen", og der er intet, der indikerer, at aftalen mellem ELTA og HENSOLDT har haft til formål eller følge at begrænse konkurrence i udbuddet.

For det første blev det i "Vejstribesagen" lagt til grund, at begge involverede virksomheder kunne deltage individuelt i det pågældende tilbud. Dette er der ikke grundlag for at antage i denne sag, da HENSOLDT formodningsvist netop støttede sig på ELTA for at kunne deltage i udbuddet. Der er således ikke grundlag for at antage, at HENSOLDT og ELTA er konkurrenter i forhold til det konkrete udbud.

For det andet blev der i "Vejstribesagen" lagt vægt på, at konsortieaftalen mellem de involverede virksomheder ikke havde karakter af et produktionssamarbejde eller i øvrigt lagde op til et samarbejde mellem virksomhederne, idet aftalen reelt blot udgjorde en forhåndsfordeling af de udbudte opgaver mellem virksomhederne.

For det tredje var de to involverede virksomheder i "Vejstribesagen" gået sammen i et konsortium og deltog i udbuddet i fællesskab, hvorved de eliminerede konkurrencen mellem hinanden. Dette gør sig heller ikke gældende i denne sag, hvor ELTA og HENSOLDT deltager som individuelle og selvstændige tilbudsgivere og dermed i fuld konkurrence med hinanden i udbuddet. Man kan derimod sige, at aftalen mellem ELTA og HENSOLDT ligefrem fremmer konkurrence, idet den muliggør, at HENSOLDT kan deltage i udbuddet.

FMI hverken havde eller har således grundlag for at formode, at aftalen mellem HENSOLDT og ELTA udgør en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale i konkurrenceretlig forstand, og FMI var derfor heller ikke forpligtet til at foretage nærmere undersøgelser af, om dette var tilfældet.

En sådan undersøgelsespligt skal være foranlediget af en begrundet tvivl hos ordregiver om lovligheden af den konkrete aftale, jf. herved også

klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet ved Udviklings- og Forenklingsstyrelsen. En sådan begrundet tvivl kan imidlertid ikke siges at være til stede hos ordregiver, blot fordi en selvstændig ansøger også deltager som støtteenhed i en anden ansøgning. Der er i denne sag ikke – og Northrop Grumman har heller ikke oplyst om – andre konkrete omstændigheder, der kunne give anledning til sådan tvivl. Northrop Grumman har efter det oplyste heller ikke anmodet konkurrencemyndighederne om at indlede en undersøgelse af aftalen mellem HENSOLDT og ELTA, ligesom der heller ikke i øvrigt er oplysninger om, at en sådan undersøgelse er indledt.

Endvidere bestrides, at der er en ”oplagt risiko” for konkurrencebegrænsende informationsudveksling mellem HENSOLDT og ELTA som led i disses tilbudsafgivelse.

Forudsætningsvis fremgår det af udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1.4 og af EU-Domstolens praksis, jf. f.eks. dommen af 19. maj 2009 i sag C-538/07, Assitur, at en virksomheds deltagelse i forskellige tilbud ikke i sig selv giver grundlag for at fastslå, at der foreligger en risiko for konkurrencefordrejning. Det afhænger af en konkret vurdering.

ELTA har efter anmodning fra FMI nærmere redegjort for, hvordan det ville blive sikret, at der under tilbudsfasen ikke var mulighed for en gensidig koordinering af tilbuddene mellem ELTA og HENSOLDT, og FMI vurderede på den baggrund, at ELTA (og HENSOLDT) havde iagttaget de nødvendige retningslinjer i relation til at forhindre udvekslingen af informationer under tilbudsfasen. Northrop Grumman har ikke godtgjort, at der er grundlag for at tilsidesætte denne vurdering.

Særligt vedrørende påstand 2 har Northrop Grumman gjort gældende, at klagenævnet skal annullere FMI’s prækvalifikationsbeslutning af 16. august 2024. Overtrædelserne beskrevet under påstand 1a-1c kan have haft en afgørende betydning for FMI’s beslutning om prækvalifikation.

Særligt vedrørende påstand 2 har FMI gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere FMI’s prækvalifikationsbeslutning, da FMI ikke har handlet i strid med udbudsreglerne, jf. det anførte under påstand 1a-1c.

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. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

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

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

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

Ad påstand 1 a

Efter forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 skal de ordregivende myndigheder eller ordregiverne overholde principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handle på en gennemsigtig måde.

FMI har afvist at prækvalificere Northrop Grumman med henvisning til, at Northrop Grumman i sin ansøgning ikke har givet sådanne oplysninger om tidligere leverancer, som der var krav om efter udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.9, og som FMI skulle bruge til at vurdere, om ansøgeren opfyldte minimumskravene til teknisk og professionel formåen:

”The candidate must demonstrate experience with: • Delivery of minimum 1 ground based long-range air defence radar operating in the L- or S frequency band (IEEE) or the equivalent NATO D- or E/F frequency band, within the last 5 years prior to the deadline for the request to participate, and • support for sustainment and training services related to the delivery above. By ”long-range” is understood an instrumented range of at least 256 nautical miles in rotating mode. By ”support for sustainment” is understood delivery of spare parts, repair services and technical support.”

Nærmere fremgår det af udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.9, at ansøgerne skulle angive en liste over leverancer foretaget i de seneste fem år. Det er i den forbindelse nærmere anført, hvordan ansøgerne skulle forholde sig, hvis de som reference valgte at oplyse om delleverancer på uafsluttede kontraktforhold, ligesom det er anført, hvilke oplysninger de enkelte referencer burde indeholde. Det samme fremgår også af rubrikkerne i det ”prequalification questionnaire”, som ansøgerne blev opfordret til at udfylde.

Yderligere fremgår følgende af udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.9:

”The list must contain a maximum of 3 previous deliveries, ... If the list contains more than 3 references, DALO will only consider the first 3 references on the list.”

Northrop Grumman har som led i ansøgningen om prækvalifikation udfyldt FMI's PQQ og har i den forbindelse, som skemaet heri er udfyldt, givet oplysninger om ”REFERENCE NO 1”. Referencen indeholder oplysninger om Northrop Grummans produktion og leverancer af ”AN/TPS-80

Ground/Air Task Oriented Radar (G/ATOR) system”. I rubrikken afsat til oplysninger om ”the recipient(s) of the delivery” har Northrop Grumman anført blandt andet:

”Deliveries have been provided to the United States Department of Defense, specifically the United States Marine Corps and the United States Air Force. The United States of America is a NATO member state.”

I den følgende rubrik har Northrop Grumman oplyst følgende om ”the date of the delivery”:

”Northrop Grumman’s AN/TPS-80 deliveries represent 12 separate contract awards from Low-Rate Initial Production (LRIP) through Full Rate Production (FRP) beginning in 2015 through 2024.

2017 - 2019 = 11 systems

2020 = 3 systems

2021 = 3 systems

2022 = 6 systems

2023 = 4 systems

2024 = 9 systems [3 delivered by April 30, 2024, 6 projected through remainder of 2024]”

Yderligere har Northrop Grumman om “the size/quantity/volume and value of the delivery” oplyst:

“A total of 60 AN/TPS-80 systems are under contract and 30 systems will be delivered by April 30, 2024. The 30 systems delivered are valued at approximately USD \$1.0B.”

Klagenævnet lægger til grund, at Northrop Grumman i sin ansøgning har givet generelle oplysninger om et større antal radarsystemer, som er blevet leveret i en periode fra 2017 til 2024 på 12 separate kontrakter. Der er i den forbindelse foreløbig leveret i alt 30 radarsystemer til en samlet værdi af omkring én mia. USD. Efter det anførte omfatter dette beløb værdien af yderligere seks systemer, som skal leveres i 2024, men som ikke var leveret på ansøgningstidspunktet. Det er ikke præcist angivet, hvilken kontraktpart der har modtaget de pågældende systemer. Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at det er Northrop Grumman som ansøger, der bærer ansvaret for uklarheder i ansøgningen.

På den baggrund finder klagenævnet, at FMI ikke med den fornødne sikkerhed og i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed har haft mulighed for ud fra beskrivelsen af referencen, som Northrop Grumman havde angivet i ansøgningen, at udpege op til tre specifikke leverancer, og på baggrund heraf og efter den fremgangsmåde, som er beskrevet i udbudsbekendtgørelsen, at foretage en konkret vurdering af Northrop Grummans ansøgning.

Northrop Grummans ansøgning opfyldte derfor ikke kravene i udbudsbetingelserne, og FMI var på den baggrund berettiget til ikke at prækvalificere Northrop Grumman.

Det er i den forbindelse uden betydning, om Northrop Grummans leverancer er foretaget som led i opfyldelsen af en rammeaftale, hvilket dog heller ikke fremgår af ansøgningen.

Ligeledes finder klagenævnet, at hverken kravene til ansøgningen eller beskrivelsen af prækvalifikationsprocessen er formuleret på en sådan måde, at en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver har haft anledning til at være i tvivl om, hvordan ansøgningen skulle udformes, eller hvilke oplysninger den skulle indeholde for at kunne danne grundlag for den vurdering, som FMI skulle foretage.

Der er derfor på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til at Northrop Grumman vil få medhold i påstand 1.

Ad påstand 1 b

Northrop Grumman har anført, at FMI i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke gav Northrop Grumman mulighed for at meddele supplerende oplysninger om den beskrevne reference, idet FMI gav andre ansøgere mulighed for at supplere deres respektive ansøgninger.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 2.1.4, at FMI forbeholder sig ret, men ikke er forpligtet, til at gøre brug af:

”... the remedies provided for in section 159(5) of the Danish Act no. 1564 of 15 December 2015, as amended, the Public Procurement Act, if

requests to participate or offers do not fulfil the requirements of the tender documents. ”

Videre fremgår følgende:

”... irrespective of the wording of the requirements of the tender documents to the effect that information, declarations and documentation must be submitted, e.g. concerning a description of the deliverables put up for tender, DALO is not prevented from obtaining additional information, etc., pursuant to the procedure in section 159(5), cf. section 159(6) of the Public Procurement Act.”

Det følger af EU-Domstolens domme af 29. marts 2012 i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 40-43, og af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova, præmis 34, 36 og 37, at en anmodning om supplerende tilbudsoplysninger i princippet skal rettes mod alle virksomheder i samme situation, og at det generelt påhviler den ordregivende myndighed under udøvelsen af dens skøn for så vidt angår muligheden for at anmode ansøgerne om at præcisere deres tilbud at behandle ansøgerne ens og rimeligt, således at en anmodning om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af tilbuddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning. Anmodningen må heller ikke føre til, at tilbudsgiver i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud.

I den foreliggende sag har HENSOLDT efter anmodning fra FMI givet afgrænsede, konkrete oplysninger af teknisk karakter om to af de oplyste referencer. I svaret bekræfter HENSOLDT FMI's forståelse af de pågældende forhold.

Lockheed har tilsvarende bekræftet FMI's forståelse af deres ansøgning i forhold til, hvilken virksomhed i Lockheed-koncernen der var ansøger, idet der i ansøgningen var anført flere virksomhedsnumre. Lockheed har i forlængelse heraf supplerende oplyst Lockheeds verificérbare regnskabstal. Klagenævnet finder, at der ikke er oplysninger i det fremlagte materiale, herunder det som alene er fremlagt for klagenævnet, hvorefter der i øvrigt var anledning til reel tvivl om, hvem der var ansøger.

Klagenævnet finder, at de forhold i HENSOLDTs og Lockheeds ansøgninger, som FMI havde anmodet de pågældende om at præcisere og

fremkomme med supplerende oplysninger om, var af en væsentlig anden karakter end de forhold, der førte til, at Northrop Grummans ikke blev prækvalificeret, og som er behandlet under påstand 1 a.

Som anført ovenfor havde FMI, sådan som Northrop Grumman havde udformet sin ansøgning, ikke med den fornødne sikkerhed og i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ud fra oplysningerne i ansøgningen mulighed for at udpege specifikke leverancer, der kunne danne grundlag for den konkrete vurdering af ansøgningen. Klagenævnet finder, at FMI i en situation som den foreliggende, hvor de oplyste referencer indgår i udvælgelsen af ansøgere til at afgive tilbud, ikke på tilsvarende måde ved en afgrænset anmodning, som de, der blev fremsat over for HENSOLDT og Lockheed, kunne anmode Northrop Grumman om at rette op på den væsentlige uklarhed i Northrop Grummans ansøgning.

Klagenævnet finder herefter, at det ikke var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, at FMI ikke anmodede Northrop Grumman om at meddele supplerende oplysninger om referencen.

Der er derfor ikke på det grundlag, der foreløbigt foreligger, udsigt til at denne påstand vil blive taget til følge.

Ad påstand 1 c

Spørgsmålet er dernæst, om FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at prækvalificere ELTA og HENSOLDT i fælles tilbudsgiverkonstellation, samtidig med at ELTA blev prækvalificeret som selvstændig deltager i udbuddet.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1.4, at hvis den samme juridiske enhed deltager i flere ansøgninger, skal ansøgerne sikre, at der ikke derved skabes mulighed for gensidig koordination af ansøgningerne og tilbuddene. Det fremgår videre, at FMI forbeholdt sig retten til at anmode kandidaterne om at godtgøre, at den juridiske enhed ikke truer gennemsigtigheden eller fordrejer konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Det fremgår af spørgsmål/svar, at det ville bero på en konkret vurdering af ansøgningens oplysninger, om FMI ville udbede sig yderligere oplysninger, og hvilken dokumentation der i givet fald ville kræves.

HENSOLDT har i sin ansøgning anvendt ELTA som støtteenhed i henhold til forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 42, stk. 2.

ELTA har i sin selvstændige ansøgning redegjort for sin rolle som støtteenhed for HENSOLDT og baggrunden herfor, samt hvorfor ELTA fandt, at alle retningslinjer for ELTAs deltagelse i begge ansøgninger var opfyldt. FMI stillede uddybende spørgsmål til ELTA herom, som ELTA besvarede, og på den baggrund vurderede FMI, at der ikke var grundlag for at udelukke ELTA eller HENSOLDT fra deltagelse i udbuddet.

Der tilkommer ordregiveren et vist skøn ved vurderingen af, om der er det fornødne sikre grundlag for at antage, at en støtteaftale er ulovlig efter konkurrencereglerne og bør føre til udelukkelse af ansøgeren eller tilbudsgiveren.

Efter en gennemgang at de nævnte dokumenter finder klagenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte FMI's vurdering. Klagenævnet har herved lagt vægt på navnlig karakteren af aftalen mellem ELTA og HENSOLDT og ELTAs redegørelse for, hvordan ELTAs deltagelse i begge ansøgninger var i overensstemmelse med retningslinjerne herfor. På den baggrund, og da det i øvrigt ikke er godtgjort, at HENSOLDT ville være i stand til at deltage i udbuddet uden brug af ELTA som støtteenhed, finder klagenævnet ikke grundlag for at antage, at der ved prækvalifikationen af ELTA selvstændigt og som støtteenhed er en overhængende risiko for fordrejning af konkurrencen eller konkurrencebegrænsende informationsudveksling mellem tilbudsgiverne, eller at FMI derved ikke har gennemført en korrekt evaluering af prækvalifikationsansøgningerne.

Der er derfor på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til at denne påstand vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Som følge af det under påstand 1a-1c anførte er der på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til, at påstanden 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.

Ane Røddik Christensen

Morten Juul Nielsen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mia Cecilie Jørgensen
Fuldmægtig