

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor nævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Rohde & Schwarz Danmark A/S
(advokat Jesper Kaltoft, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Tomas Ilsøe Andersen og
erhvervsjuridisk rådgiver Jesper Nørgaard Kristensen, København)

Klagenævnet har den 15. september 2020 modtaget en klage fra Rohde & Schwarz Danmark A/S (herefter Rohde & Schwarz).

Rohde & Schwarz 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 det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 5, svarskrift med bilag A – B, supplerende klageskrift og supplerende svarskrift med bilag C.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. artikel 4 i forsvars- og sikkerhedsdirektivet, ved at afvise Rohde & Schwarz Danmark A/S’ anmodning om prækvalifikation med den begrundelse, at en støtteerklæring fra Rohde & Schwarz GmbH & Co. KG ikke var vedlagt anmodningen om prækvalifikation, uanset at fremlæggelse af støtteerklæring inden udløbet af fristen for prækvalifikation ikke var et minimumskrav.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med proportionalitetsprincippet, jf. præambelbetragtning 15 i forsvars- og sikkerhedsdirektivet, ved at afvise Rohde & Schwarz Danmark A/S’ anmodning om prækvalifikation med den begrundelse, at en støtteerklæring fra Rohde & Schwarz GmbH & Co. KG ikke var vedlagt anmodningen om prækvalifikation, uanset at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ud fra et proportionalitetshensyn havde en ret og pligt til at acceptere den senere fremsendte støtteerklæring som en del af Rohde & Schwarz Danmark A/S’ anmodning om prækvalifikation.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelses udbudsforretning (udbudsbekendtgørelse 2020/S 050-119738 af 11. marts 2020), jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal annullere Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelses beslutning af 28. august 2020 om at afvise Rohde & Schwarz Danmark A/S’ ansøgning om prækvalifikation, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.”

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse 2020/S 050-119738 af 11. marts 2020 genudbød FMI som udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF) en aftale om køb af et Secure Voice Communication System (herefter VCS) og en tilhørende 7-årig rammeaftale om vedligeholdelse af systemet med mulighed for forlængelse til i alt 20 år. Værdien af aftalerne var anslået til 200.000.000 – 400.000.000 kr.

Der var fastsat frist for ansøgning om prækvalifikation til den 7. april 2020, hvilket senere blev ændret senest til den 5. maj 2020.

FMI forventede at prækvalificere 6 ansøgere.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgik blandt andet følgende:

”III.2) Conditions for participation

...

III.2.2) Economic and financial ability

Criteria regarding the economic and financial standing of economic operators (that may lead to their exclusion)

Information and formalities necessary for evaluating if the requirements are met: Annual reports or excerpts thereof or other documentation stating the candidate’s annual turnover for the last 3 (three) financial years, if publication of annual reports is required under the law of the country in which the candidate is established and to the extent such information is available.

Minimum level(s) of standards possibly required: The candidate shall have had an annual turnover of at least DKK 200 000 000 in each of the last 3 (three) financial years. If the turnover is not stated in said currency, DALO will calculate the turnover based on the official exchange rate on the date this notice was published. 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 (three) 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 annual turnover and the entity or entities’ annual turnover in each of the last 3 (three) financial years available.

...

III.2.3) Technical and/or professional capacity Criteria regarding the technical and/or professional ability of economic operators (that may lead to their exclusion)

...

1) Demonstration of experience:

The candidates shall submit a list of the most important similar deliveries (references). The list must contain a maximum of 5 (five) previous deliveries

...

1) Demonstration of experience:

The candidate shall demonstrate experience with at least 1 (one) completed delivery of a VCS approved to NATO Secret that is able to separate voice communication in 2 (two) or more domains (including NATO Secret).

...

Section VI: Complementary information

...

VI.3) Additional information

...

DALO has prepared a pre-qualification questionnaire (PQQ) which candidates are strongly encouraged, but not obligated, to use when submitting their applications. The questionnaire contains questions, forms and templates for providing information, etc. in accordance with the requirements in this contract notice. The questionnaire is available via the electronic tendering system, Digitale Udbud. The permalink is stated in section I.1). It is emphasised that it is the sole responsibility of the candidate that the information provided fulfils the requirements, also if the PQQ is used. Please note that any ambiguities and/or incomprehensibilities in the information submitted may be regarded negatively in the evaluation when selecting the limited number of candidates. DALO reserves the right, but is not obliged, to use remedies equal to the remedies provided for in section 159(5) of the Danish Act No 1564 of 15 December 2015, the Public Procurement Act, if applications or tenders do not fulfil the formalities set out in the tender documents.

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 wishes to rely on other entities and the capacity of other entities is taken into account when DALO assesses the suitability of the candidate, the candidate must prove that the other entities will and are obliged to put 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 pre-qualification questionnaire referred to above.

...”

Af PQQ'en fremgik blandt andet:

”1.3 If the candidate relies on the capacities of other entities

[In this section the candidate is asked to indicate whether the candidate relies on the technical and/or professional capacity and/or the economic and financial standing of other entities (e.g. a parent or sister company or a sub supplier) in order to meet the requirements stated in section III.2.2) and III.2.3) of the Contract Notice, and indicate whether those entities will put the relevant resources at the disposal of the candidate.

Furthermore, **please note** that if **"YES"** is ticked each supporting entity in question must sign the Letter of comfort regarding economic and financial standing (Template 2) and/or the Letter of comfort regarding technical and/or professional capacity (Template 3).]

DOES THE CANDIDATE RELY ON THE CAPACITIES OF OTHER ENTITIES*? <i>Please tick the relevant box (YES/NO)</i>	YES	NO

“

Inden ansøgningsfristens udløb indleverede Rohde & Schwarz ansøgning om prækvalifikation. Rohde & Schwarz benyttede PQQ – skabelonen og havde i pkt. 1.3 afkrydset ”yes” til spørgsmålet: ”Does the candidate rely on the capacities of other entities?”, og den vedhæftede ”template 2” så således ud:

”

*PREQUALIFICATION QUESTIONNAIRE
 Regarding A Secure Voice Communication System*

TEMPLATE 2
Letter of Comfort - Economic and Financial Standing

Please see the file

[Template 2 - Rohde & Schwarz Munich \(Signed\).pdf](#)

“

Ansøgningen indeholdt imidlertid ikke en fil med udfyldt ”Letter of comfort regarding economic and financial standing - template 2” eller anden tilsvarende støtteerklæring.

Udover en udfyldt "template 4" med oplysninger om Rohde & Schwarz' "economic and financial standing" indeholdt ansøgningen en udfyldt og underskrevet "template 4" med oplysninger om "economic and financial standing" fra Rohde & Schwarz GmbH & Co KG.

Den 26. juni 2020 eftersendte Rohde & Schwarz en støtteerklæring i form af et underskrevet "Letter of comfort – economic and financial standing - template 2" med følgende besked:

"Dear Sirs,
Referring to our uploaded prequalification application with appendices, we note that template 2 is already in your possession (we uploaded it as part of our applications in the previous tender processes). However, for the sake of good order please find attached template 2 once more."

Den 28. august 2020 meddelte FMI Rohde & Schwarz, at Rohde & Schwarz ikke blev prækvalificeret med følgende begrundelse:

"...

DALO determined whether the candidates comply with the documentation requirements and stipulated minimum requirements set out in the Contract Notice. All the selected candidates listed above meet these requirements.

Among others, the following minimum requirement applied (section II.2 in the Contract Notice):

"The candidate shall have had an annual turnover of at least DKK 200 000 000 in each of the last 3 (three) financial years."

In connection hereto, the following applied for a candidate relying on a the capacity of an other entity (section V.1.3 of the Contract Notice):

"If a candidate wishes to rely on other entities and the capacity of other entities is taken into account when DALO assesses the suitability of the candidate, the candidate must prove that the other entities will and are obliged to put the relevant resources at the disposal of the candidate."

You have stated the annual turnover for Rohde & Schwarz Danmark A/S (yourself) and Rohde & Schwarz Munich. However, you have not as a part of your application submitted a letter of comfort from Rohde & Schwarz Munich (template 2 to the DALO PQQ) or equivalent documentation as required.

DALO notes that on 26 June 2020 (and hence, after the prequalification deadline), DALO received a letter of comfort. However, as this document was submitted after the prequalification deadline and due to the legal principle of equal treatment, DALO cannot take the document into consideration.

Consequently, DALO cannot take the key figures (annual turnover) from Rohde & Schwarz Munich into account when assessing your fulfillment of said requirement.

For the last three financial years, you have stated turnovers between DKK 101,487,000 and DKK 161,389,000. Hence, your turnovers stated for these financial years does not meet said minimum requirement.

Consequently, DALO regrets to inform you that your application does not meet said minimum requirement regarding annual turnover.

In accordance with the EU public procurement rules, DALO could therefore not take your application into account and, consequently, you have not been invited to submit an offer.

In this connection DALO notes, that DALO for the sake of good order assessed your sub- mitted references in relation to the following minimum requirement regarding demonstration of experience, cf. section III.2.3) in the Contract Notice:

“The candidate shall demonstrate experience with at least 1 (one) completed delivery of a VCS approved to NATO Secret that is able to separate voice communication in 2 (two) or more domains (including NATO Secret).”

DALO can conclude that the individual references concerns delivery of a VCS, however none of the references demonstrate and sufficiently document delivery of a VCS that is approved to NATO Secret and are able to separate voice communication in two or more domains (including NATO Secret).

However, due to the fact that you do not fulfill the above mentioned minimum requirement regarding annual turnover, DALO has not made a full and concluding assessment of whether or not this also constitutes non-compliance with the stipulated minimum requirements set out in the Contract Notice.

...”

FMI har oplyst, at FMI i forbindelse med klagesagen har foretaget en tilbundsgående vurdering af Rohde & Schwarz' referencer i forhold til minimumskravene. FMI har i den forbindelse vurderet, at Rohde & Schwarz' ansøgning ikke opfylder minimumskravet til teknisk formåen, idet ingen af de fem vedlagte referencer dokumenterer levering af et VCS-system, der er akkrediteret til klassifikationsniveau NATO SECRET.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Rohde & Schwarz har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 til 4 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

FMI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 til 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Rohde & Schwarz gjort gældende, at ansøgningen fra Rohde & Schwarz indeholdt de krævede økonomiske og finansielle oplysninger, og ansøgningen opfyldte derfor disse minimumskrav. FMI har følgelig ikke været berettiget til at afvise ansøgningen som ukonditionsmæssig og skulle have taget ansøgningen i betragtning. Det fremgik derudover ikke af udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2.2, at FMI stillede krav om, at en støtteerklæring skulle vedlægges for, at ansøgningen var konditionsmæssig, og tilsvarende kunne det ikke udledes af udbudsbekendtgørelsens afsnit VI.3 ”Additional information” eller af PQQ afsnit 1.3, at det var en forudsætning, at der skulle vedlægges en støtteerklæring for, at ansøgningen var konditionsmæssig. Det forhold, at der står ”must prove” siger ikke noget om, hvornår dokumentationen skal foreligge, og det udelukker ikke, at FMI fra at inddrage dokumentation fra tidligere gennemførte udbudsprocedurer, jf. princippet i udbudslovens § 151, stk. 5, som må antages at gælde analogt på udbud gennemført efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet. FMI har ikke kunnet være i tvivl om, at Rohde & Schwarz faktisk kunne basere sin økonomiske og finansielle formåen på Rohde & Schwarz GmbH & Co. KG. Dertil kommer, at ansøgningsfristen for prækvalifikation udløb den 5. maj 2020, og at meddelelse om prækvalifikation blev udsendt den 28. august 2020. Særligt under disse omstændigheder og hvor FMI havde taget sig god tid til at behandle ansøgningerne, havde FMI haft anledning til at inddrage den allerede indleverede støtteerklæring, alternativt den indholdsmæssigt identiske støtteerklæring, som Rohde & Schwarz sendte den 26. juni 2020.

Ansøgerne var i øvrigt opfordret til og ikke forpligtet til at benytte PQQ, og ansøgerne var derfor ikke forpligtede til at anvende støtteerklæringen. Der fremgik desuden ingen frist for, hvornår en støtteerklæring skulle indsendes. Det kan heller ikke af forsvars- og sikkerhedsdirektivet udledes, at der er et krav om dokumentation i form af en støtteerklæring, som skal indleveres inden fristen for ansøgning om prækvalifikation. FMI har derfor handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at afvise Rohde & Schwarz' ansøgning om prækvalifikation. Der henvises herved også til klagenævnets kendelse af 23. december 2019, KN Rengøring I/S mod Rudersdal Kommune.

Det forhold, at FMI har baseret sig på en standardtekst eller en fast praksis fra FMI's side, er uden betydning for klagenævnets afgørelse.

Særligt vedrørende påstand 1 har FMI gjort gældende, at klagenævnets kendelse af 23. december 2019, KN Rengøring I/S mod Rudersdal Kommune ikke er sammenlignelig.

FMI har bestridt, at det ikke var et minimumskrav, at støtteerklæringen skulle fremlægges inden ansøgningsfristens udløb. FMI har henvist til udbudsbekendtgørelsen og har anført, at ansøgerne skulle fremlægge en støtteerklæringen, jf. ordlyden "must prove" og "when DALO assesses". Det var i sagens natur forudsat, at støtteerklæringen skulle sendes som en del af ansøgningen. Dette fulgte også af systematikken i PQQ'en. Det forhold, at det var frivilligt, om ansøgere ville benytte PQQ'en, betød ikke, at det ikke var et minimumskrav, at ansøgere skulle fremlægge en støtteerklæring ved anvendelsen af støtteenheder. Det fremgik også af udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3, at det alene var ansøgernes ansvar at sørge for, at ansøgningen indeholdt de krævede informationer og dokumenter uanset om ansøgeren anvendte PQQ. Denne forståelse støttes også af, at de øvrige ansøgere, ligesom Rohde & Schwarz under tidligere udbud, har handlet sådan, at det kun kan forstås på den måde, at ansøgerne var klar over, at eventuelle støtteerklæringer skulle vedlægges ansøgningen. FMI's formulering, som er baseret på en standardtekst, der er anvendt i talrige andre udbud, er heller ikke tidligere blevet fortolket sådan, at der ikke var et krav, at støtteerklæringen skulle indsendes sammen med ansøgningen.

Særligt vedrørende påstand 2 har Rohde & Schwarz gjort gældende, at FMI under alle omstændigheder ud fra et proportionalitetshensyn havde ret og pligt til at tage den eftersendte støtteerklæring i betragtning. Dette støttes af, at FMI i udbudsbekendtgørelsen havde henvist til udbudslovens § 159, stk. 5. Rohde & Schwarz sendte en støtteerklæring, inden beslutningen om prækvalifikation var truffet og kommunikeret, og Rohde & Schwarz havde ved ”berigtigelsen” ikke forbedret sit tilbud. Det måtte endvidere stå FMI klart, at Rohde & Schwarz faktisk havde tænkt sig, at støtteerklæringen skulle være en del af ansøgningen om prækvalifikation, idet der blev henvist til dette ved ”template 2”. Derudover havde FMI allerede i forbindelse med to forudgående og annullerede udbud modtaget støtteerklæring fra Rohde & Schwarz GmbH & Co. KG. Udbuddene var stort set identiske, og FMI kunne derfor ikke være i tvivl om, at Rohde & Schwarz ønskede at basere sin økonomiske og finansielle formåen på Rohde & Schwarz GmbH & Co. KG. FMI var i hvert fald under disse omstændigheder utvivlsomt berettiget til at tage støtteerklæringen i betragtning ved vurderingen af ansøgningen om prækvalifikation fra Rohde & Schwarz. Der henvises herved tillige til klagenævnets kendelse af 23. december 2019, KN Rengøring I/S mod Rudersdal Kommune.

Der kan desuden bestå en pligt til at udbedre en dokumentmangel, hvis det følger af fællesskabsretlige principper om god forvaltningsskik, jf. Retten i Første Instans’ dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen, og i samme retning klagenævnets kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet.

FMI har derfor hverken varetaget almindelige proportionalitetshensyn eller overholdt god forvaltningsskik, da FMI under de konkrete omstændigheder havde både en ret og pligt til at acceptere den senere fremsendte støtteerklæring som en del af ansøgningen om prækvalifikation.

Særligt vedrørende påstand 2 har FMI bestridt, at FMI havde pligt til at acceptere den eftersendte støtteerklæring. Det følger af praksis, at det er ansøgerne, som selv bærer risikoen for eventuelle fejl og mangler i deres ansøgning, og ordregiver har ikke en pligt til at søge fejl og mangler berigtiget efter udbudslovens § 159, stk. 5. Dette fremgår blandt andet af klagenævnets kendelse af 13. december 2017, P-Only Qbrick ApS mod Folketinget, og af forarbejderne til udbudslovens § 159, stk. 5.

Da praksis vedrørende ordregivers mulighed for at få berigtiget ansøgninger er særdeles restriktiv, ville FMI have påtaget sig en ikke ubetydelig risiko ved at acceptere den eftersendte støtteerklæring fra Rohde & Schwarz, og en sådan risiko var FMI ikke forpligtet til at påtage sig.

Det forhold, at der undtagelsesvist kan være tilfælde, hvor en ordregiver har pligt til at berigtige eller se bort fra helt bagatelagte og åbenlyse fejl, som anført i Retten i Første Instans' dom af 10. december 2009, T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommission, kan ikke sidestilles med omstændighederne i denne sag, hvor der helt manglede en støtteerklæring, som var afgørende for, om Rohde & Schwarz opfyldte minimumskravet til økonomisk og finansiell formåen. Den manglende accept af den eftersendte støtteerklæring, er derfor ikke i strid med proportionalitetsprincippet eller god forvaltningsskik. Det forhold, at Rohde & Schwarz under to forudgående udbud i 2018 og 2019 havde indsendt støtteerklæringer fra samme støtteenhed, ændrer ikke herpå, idet der var tale om et helt nyt udbud, og forsvars- og sikkerhedsdirektivet indeholder ikke en bestemmelse svarende til udbudslovens § 151, stk. 5, nr. 2.

Særligt vedrørende påstand 3 og 4 har Rohde & Schwarz gjort gældende, at forholdene under påstand 1 og 2 udgør så væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, at FMI skal annullere sin udbudsforretning, alternativt annullere sin beslutning om at afvise Rohde & Schwarz' ansøgning om prækvalifikation. Der er tale om kvalificerede overtrædelser, som har haft direkte betydning for konkurrencens afvikling.

Den egnethedsbedømmelse, som FMI nu har foretaget vedrørende den tekniske formåen, kan ikke tillægges vægt i forhold til efterprøvelsen af lovligheden af FMI's oprindelige egnethedsbedømmelse og beslutning. Grundlaget for klagen er den oprindelige egnethedsbedømmelse og beslutning, som ikke er annulleret af FMI. Det står ikke klart for Rohde & Schwarz, hvad FMI har foretaget sig i forhold til den nu foretagne supplerende egnethedsbedømmelse, som ikke er dokumenteret.

Særligt vedrørende den tekniske formåen har Rohde & Schwarz henvist til, at FMI har ændret formuleringen af minimumskravet fra tidligere udbud, hvor kravet var "a delivery of a secure and non-secure IP-based Voice Communication System and maintenance hereof to a NATO country as described

in section II.1.5) and it shall have the possibility to be approved to NATO Secret". I praksis er det det samlede system, som VCS indgår i, og ikke selv VCS-leverancen, som opnår NATO SECRET-akkreditering. Det indebærer, at det er kunden, som skal sikre akkrediteringen for hele systemet, og hverken Rohde & Schwarz eller andre leverandører har mulighed for at sikre opnåelsen af en sådan akkreditering. Oplysningen om, hvorvidt det samlede system faktisk har opnået NATO SECRET-akkreditering, er ikke offentlig tilgængelig, og Rohde & Schwarz ved derfor ikke med sikkerhed, om de referencer, som Rohde & Schwarz har inkluderet i sin ansøgning om prækvalifikation, på systemniveau har opnået akkrediteringen. Det er dog Rohde & Schwarz' forventning, at dette er tilfældet for i hvert fald reference nr. 2, Belgium MoD – Air Force. Med den ændrede formulering til teknisk formåen har Rohde & Schwarz ikke kunnet fremlægge andre oplysninger i forhold til referencerne end sket. FMI må derfor selv søge afklaring hos de pågældende referencekunder, hvis FMI ikke er tilstrækkeligt betrygget ved ansøgningens oplysninger.

Rohde & Schwarz bemærker i øvrigt, at det fremgår af "Prequalification Report", at der ikke er sket en udvælgelse blandt flere egnede ansøgere, men om en afvisning af Rohde & Schwarz på grundlag af manglende økonomisk dokumentation. Dette understøtter, at der ikke er foretaget en endelig vurdering af Rohde & Schwarz' tekniske formåen.

Særligt vedrørende påstand 3 og 4 har FMI gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og der er derfor hverken grundlag for at annullere udbudsforretningen eller beslutningen om ikke at prækvalificere Rohde & Schwarz. Derudover opfyldte Rohde & Schwarz ikke minimumskravet til teknisk formåen, idet Rohde & Schwarz' referencer ikke dokumenterede levering af et VCS-system, der var akkrediteret NATO SECRET. Afvisningen af Rohde & Schwarz' ansøgning var også af denne grund berettiget, og de påståede overtrædelser af påstand 1 og 2 var således under alle omstændigheder uvæsentlige. Det er i den forbindelse ikke et krav, at ordregiver foretager en fuldstændig vurdering af en ansøgning for så vidt angår andre kriterier, når en ordregiver har konstateret, at ansøgningen er ukonditionsmæssig.

Kravet til teknisk formåen er både et sagligt og proportionalt minimumskrav, som skulle dokumentere ansøgerens erfaring med den specifikke NATO-akkrediteringsproces. Det bestrides, at ansøgere i deres referencer ikke kunne

oplyse, hvorvidt et VCS-system var akkrediteret til klassifikationsgraden NATO SECRET, og dette krav er da også opfyldt af de prækvalificerede ansøgere. FMI var berettiget til at basere sig på de oplysninger, som fremgik af ansøgningen, og FMI var ikke forpligtet til at søge visse oplysninger bekræftet hos kunder.

Ad uopsættelighed

Rohde & Schwarz har gjort gældende, at der foreligger uopsættelighed, da Rohde & Schwarz ikke vil have mulighed for at blive kompenseret økonomisk for sit tab, da overtrædelserne er sket i forbindelse med prækvalifikation. Rohde & Schwarz vil ikke have mulighed for at dokumentere, at Rohde & Schwarz burde være tildelt kontrakten. Det er derfor nødvendigt, at klagen tillægges opsættende virkning for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for Rohde & Schwarz.

FMI har gjort gældende, at Rohde & Schwarz ikke har godtgjort, at Rohde & Schwarz vil lide et alvorligt og uopretteligt tab ved at afvente afgørelsen af hovedsagen.

Ad interesseafvejning

Rohde & Schwarz har gjort gældende, at hensynet til Rohde & Schwarz' situation vejer tungere end FMI's interesse i at kunne videreføre den igangsatte udbudsprocedure, da Rohde & Schwarz' interesser ikke vil kunne varetages gennem krav om erstatning. I interesseafvejningen skal inddrages, at FMI har været næsten 4 måneder om at foretage gennemgang og vurdering af prækvalifikationsansøgningerne.

FMI har bestridt, at en interesseafvejning kan føre til, at klagen skal tillægges opsættende virkning, og har gjort gældende, at hensynet til fremdriften af udbuddet vejer tungere end Rohde & Schwarz' interesse i at få tillagt klagen opsættende virkning. Der skal lægges særligt vægt på et tvingende og preserende operationelt behov hos Forsvaret for at få anskaffet og installeret et nyt VCS-system. Der skal også tages hensyn til, at sagen alene vedrører prækvalifikation, og det ikke er sikkert, at Rohde & Schwarz ville få tildelt kontrakten, selvom Rohde & Schwarz var blevet prækvalificeret.

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”*)*Ad påstand 1 og 2*

Af udbudsbekendtgørelsen pkt. VI.3 under ”Additional information” fremgik følgende vedrørende de tilfælde, hvor en ansøger støttede sig på en anden enhed:

“If a candidate wishes to rely on other entities and the capacity of other entities is taken into account when DALO assesses the suitability of the candidate, the candidate must prove that the other entities will and are obliged to put the relevant resources at the disposal of the candidate.”

Efter ordlyden i udbudsbekendtgørelsen skulle kravet om en ”støtteerklæring” således være opfyldt, inden FMI vurderede ansøgningen. Efter sammenhængen med de øvrige oplysninger, som en ansøger skulle indsende, og den fastsatte frist for indgivelse af ansøgning om prækvalifikation, kunne kravet om støtteerklæringen ikke forstås anderledes, end at en sådan erklæring også skulle være kommet frem til FMI inden ansøgningsfristens udløb. Dette krav er også i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i artikel 4 i forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

Af udbudsbekendtgørelsen pkt. VI.3 fremgik endvidere:

“It is emphasised that it is the sole responsibility of the candidate that the information provided fulfils the requirements, also if the PQQ is used”.

Det er ubestridt, at støtteerklæringen fra Rohde & Schwarz GmbH & Co KG. ikke var indeholdt i ansøgningen om prækvalifikation fra Rohde & Schwarz, men først blev eftersendt efter ansøgningsfristens udløb.

Herefter, og under hensyn til de oplysninger og erklæringer, som den støttende enhed med sin underskrift skulle tiltræde, og som Rohde & Schwarz GmbH & Co KG. ikke på anden måde havde tiltrådt i det aktuelle udbud inden for ansøgningsfristen udløb, finder klagenævnet efter en foreløbig vurdering, at FMI var berettiget til at afvise ansøgningen som sket.

Det forhold, at Rohde & Schwarz ved to tidligere, men senere annullerede udbud vedrørende VCS havde medsendt udfyldt og underskrevet støtteerklæring fra samme enhed, kan ikke føre til et andet resultat, idet de tidligere støtteerklæringer fra Rohde & Schwarz GmbH & Co KG. ikke vedrørte det aktuelle udbud.

Tilsvarende kan det ikke føre til et andet resultat, at FMI i udbudsbekendtgørelsen havde henvist til princippet i udbudslovens § 159, stk. 5, idet det alene heraf følger, at FMI kunne være berettiget – men ikke forpligtet - til at indhente supplerende oplysninger under iagttagelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Endeligt bemærker klagenævnet, at der ikke var tale om sådanne tvetydige oplysninger, som det undtagelsesvist kan påhvile en ordregiver at søge afklaret i henhold til dom af 10. december 2010 afsagt af Retten i 1. instans i sag T 195/08 Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen.

Der er herefter ikke udsigt til, at Rohde & Schwarz vil få medhold i påstand 1 og 2.

Ad påstand 3

Efter de foreliggende oplysninger er der ikke grundlag for at konstatere, at udbudsbetingelserne ikke kan danne grundlag for udbud. Der er derfor efter en foreløbig vurdering ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Ad påstand 4

Idet FMI efter en foreløbig vurdering var berettiget til at afvise Rohde & Schwarz' ansøgning om prækvalifikation, er der ikke udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om "fumus boni juris" 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.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig