

Klagenævnet for Udbud

(Jesper Jarnit, William Lindsay-Poulsen, Rikke Fog Bach og
Preben Dahl)

J.nr.: 24/12201

8. juli 2025

K E N D E L S E

TPA solutions ApS
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

mod

Udenrigsministeriet
(senior manager, cand.jur. Claus Gulholm-Hansen Krüger, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 583398-2024 af 25. september 2024, der blev offentliggjort den 27. september 2024, udbød Udenrigsministeriet som udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet en rammeaftale om IT-kabling og teknisk sikring til en anslået værdi af 315.000.000 kr. og en maksimal værdi på 375.000.000 kr. Rammeaftalen skulle indgås med én leverandør, og leverancerne skulle finde sted på Udenrigsministeriets repræsentationer i udlandet og i begrænset omfang i Udenrigsministeriet i Danmark. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris vægtede 20 %, kvalitet vægtede 35 %, kompetencer vægtede 35 % og aftalevilkår vægtede 10 %. Rammeaftalen havde en varighed på 5 år med mulighed for forlængelse i to gange 1 år.

Foruden TPA solutions ApS (herefter ”TPA”) fremsendte Atea A/S, Bravida Danmark A/S (med Penta Sikring ApS som støttende enhed), Kemp & Lauritzen A/S og KIBO Sikring A/S anmodning om prækvalifikation.

Den 29. november 2024 sendte Udenrigsministeriet underretning om prækvalifikation til TPA, hvori det var anført, at Udenrigsministeriet havde prækvalificeret Atea A/S, Kemp & Lauritzen A/S og KIBO Sikring A/S.

Den 19. december 2024 indgav TPA klage til Klagenævnet for Udbud over Udenrigsministeriet. TPA fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 12. februar 2025 besluttede klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning, idet betingelsen om interesseafvejning ikke var opfyldt.

TPA har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Udenrigsministeriet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at tage ansøgningerne fra Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S i betragtning og udvælge Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S til at afgive tilbud, uagtet ansøgningerne fra Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S ikke ved ansøgningsfristens udløb indeholdt en tro- og loveerklæring om udelukkelsesgrundene, hvilket var stillet som et krav af Udenrigsministeriet ved udbuddet.

Påstand 2

(Frafaldet)

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Udenrigsministeriet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at foretage en åbenlys urigtig bedømmelse af ansøgningerne i forhold til det udvælgelseskriterium, der var fastsat af Udenrigsministeriet ved udbuddet.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Udenrigsministeriets prækvalifikationsbeslutning af 29. november 2024 i forbindelse med udbud af rammeaftale om IT-kabling og teknisk sikring, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a.:

”2.1 Procedure

...

Udenrigsministeriets Sikkerheds- og ejendomskontor (SIKBYG) har ansvaret for sikkerhed og ejendomme både i Danmark og på de danske repræsentationer i udlandet, og opgaver på rammeaftalen igangsættes på baggrund af behov fra hele tjenesten, men drives og ledes af SIKBYG. En del af repræsentationerne er sikkerhedsmæssigt vanskelige steder, og der kræves generelt et højt sikringsniveau, hvilket håndteres i tæt samarbejde med Udenrigsministeriet. Trusselbilledet kan desuden ændre sig med kort varsel, hvilket kan medføre behov for yderligere sikring af udsatte repræsentationer, og den globale politiske- og sikkerhedsmæssige situation stiller stadigt stigende krav til informationssikkerhed. Alt dette kræver en vis fleksibilitet fra Leverandøren. Leverandøren skal etablere en robust og agil leveranceorganisation, som via en afvejet arbejdsmæssig belastning af sine medarbejdere kan håndtere komplekse og ændrede sikkerhedssituationer, koordinere flere opgaver på en gang, og levere på tværs af forskellige steder og tidszoner uden større gene eller afbrydelse af det daglige arbejde hos ordregiver. Der forventes gennemført ca. 20 udenlandske projekter årligt, der typisk har 3-4 ugers varighed (udførelse) med en bemanning på 3-4 teknikere, men de enkelte projekter vil variere meget. Således kan nogle projekter klares på få dage, mens andre vil have en mere kompleks karakter og strække sig over længere tid med flere etaper.

Udbuddet indebærer etablering og håndtering af:

- IT-installationer, herunder LAN, WIFI, sikrede føringsveje og relateret udstyr
- El-installationer, inkluderende stærkstrømsarbejde og UPS-løsninger
- Sikkerhedsinstallationer som TVO, AIA, og ADK systemer

Desuden vil der i begrænset omfang skulle udføres opgaver i relation til mindre bygningstilpasninger ift. sikkerhedsforbedringer, fx. sikkerhedsdøre, forstærkning af vægge mv. Leverandøren skal levere både de omfattede ydelser og de nødvendige materialer. Herudover skal Leverandøren etablere en supportfunktion med henblik på at understøtte ordregivers egen driftsenhed. Leverandøren skal ligeledes etablere en supportfunktion (vagttelefon) uden for normal arbejdstid 365 dage om året med henblik på sikring af support, der til enhver tid kan effektueres.

...

5.1.6 Generelle oplysninger

...

Yderligere oplysninger: UDBUD MED FORHANDLING: Der er tale om et udbud med forhandling med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 26, hvilket indebærer, at virksomheder, der ønsker at deltage i udbudsprocessen, først skal ansøge om prækvalifikation. DELTAGELSE I UDBUDET: Deltagelse

i udbuddet kan kun ske elektronisk via ordregivers anvendte elektroniske udbudssystem. For at få adgang til udbuddet skal ansøger være registreret eller registrere sig som bruger. Ansøgning skal uploades og afsendes via udbudssystemet inden udløb af den angivne ansøgningsfrist. SPØRGSMÅL TIL ANSØGNINGSPROCESSEN: Eventuelle spørgsmål til ansøgningsprocessen skal stilles via udbudssystemet. Ansøgerne opfordres til at stille deres spørgsmål senest 2 uger før ansøgningsfristen. Alle spørgsmål (også spørgsmål modtaget efter ovenstående ”frist”) vil blive besvaret, i det omfang det er muligt at fremkomme med en besvarelse senest 6 kalenderdage inden ansøgningsfristens udløb. Spørgsmål og svar samt eventuelle rettelser vil løbende blive offentliggjort i udbudssystemet.

UDELUKKELSESGRUNDE: Ansøger vil blive udelukket fra deltagelse, såfremt ansøger er omfattet af: - De obligatoriske udelukkelsesgrunde i artikel 39, stk. 1 i Forsvars- og sikkerhedsdirektivet - De frivillige udelukkelsesgrunde i artikel 39, stk. 2, litra a, b, c, f, g og h i Forsvars- og sikkerhedsdirektivet - Den særlige danske udelukkelsesgrund i Udbudslovens § 134a vedrørende etablering i et land, der er optaget på EU-listen over ikke-samarbejdsvillige skattejurisdiktioner. Ansøger skal i anmodningen om prækvalifikation) afgive en tro- og loveerklæring på, at ansøger ikke er omfattet af de ovenfor nævnte udelukkelsesgrunde. Ved sammenslutninger af ansøgere (konsortium) skal hver enkelt deltager i sammenslutningen vedlægge en tro og love erklæring. Hvis ansøger baserer sig på andre virksomheders økonomiske og finansielle formåen (f.eks. enheder inden for samme koncern, herunder moder-, søster- eller datterselskaber), skal hver enkelt af disse enheder ligeledes vedlægge en tro- og loveerklæring vedr. udelukkelsesgrundene. Ordregiver forbeholder sig ret til at indhente den i art. 39, stk. 3 angivne dokumentation, såfremt der måtte være behov herfor.

...

5.1.9 Udvalgelseskriterier

...

Kriterium:

Type: Teknisk og faglig formåen

Navn: Referencer

Beskrivelse: Ansøger skal vedlægge en liste over de betydeligste lignende leverancer (referencer) i forhold til den udbudte rammeaftale, som ansøger har udført i løbet af de sidste 5 år. Ordregiver ser gerne, at listen indeholder følgende oplysninger for hver reference: Oplysning om modtager Kontaktoplysninger for kontaktperson hos modtager, såfremt oplysningerne kan angives Starttidspunktet for udførelsen Sluttidspunktet for udførelsen Omfanget og værdien af leverancen (sidstnævnte angivet i beløb) En klar og udførlig beskrivelse af leverancen (referencen), herunder gerne en angivelse af, hvilke dele af leverancen (referencen), der

er sammenlignelige med de ydelser, der er omfattet af rammeaftalen samt evt. ansøgers deltagelse/rolle i forbindelse med udførelsen af leverancen. Erklæringen skal afgives i "Anmodning om prækvalifikation". Bemærk, at der er 3 forskellige varianter heraf. Ved sammenslutninger af ansøgere (konsortium) skal hver enkelt deltager i sammenslutningen således vedlægge "Anmodning om prækvalifikation – konsortiedeltager", som omfatter ovennævnte erklæring. Hvis ansøger baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen og/eller tekniske og faglige formåen (f.eks. enheder inden for samme koncern, herunder moder-, søster- eller datterselskaber), skal hver enkelt af disse enheder vedlægge "Anmodning om prækvalifikation - støttende enhed", som omfatter erklæring om den tekniske og faglige formåen, som enheden stiller til rådighed for ansøger. Kun leverancer (referencer) udført inden for de seneste 5 år beregnet fra ansøgningsfristen vil indgå i vurderingen af, hvilken ansøger der har dokumenteret de mest relevante tidligere leverancer. Bemærk, at hvis den pågældende leverance er udført/udføres løbende (f.eks. i henhold til en uafsluttet kontrakt), er det kun den del af ydelserne, der er udført inden for de seneste 5 år før ansøgningsfristens udløb, der indgår i vurderingen af leverancen (referencen). Hvis en del af ydelserne ikke er udført inden for de seneste 5 år eller inden ansøgningsfristen, vil denne del således ikke indgå i vurderingen af leverancen (referencen). Det er derfor vigtigt, at ansøger tydeligt angiver, hvilken del (f.eks. i forhold til størrelse, værdi, mængde, omfang osv.) af en løbende leverance (reference), der er udført inden for de seneste 5 år og inden ansøgningsfristen. Den referenceliste, som indeholdes i ESPD, anses for at være den endelige dokumentation for ansøgers referencer. Ansøger vil således ikke blive afkrævet yderligere dokumentation for teknisk og faglig kapacitet. Dog forbeholder ordregiver sig ret til at kontakte ansøger eller den i referencen angivne kunde med henblik på at få attesteret oplysningerne om referencen, herunder de for referencen angivne tidspunkter. Såfremt der modtages flere egnede anmodninger end det fastsatte antal, der vil blive opfordret til at deltage, vil ordregiver foretage udvælgelsen af det fastsatte antal ud fra et sagligt skøn, hvor der lægges vægt på den tekniske og faglige kapacitet ud fra de afgivne oplysninger, som beskrevet ved vurderingsgrundlaget nedenfor, hvor punkt 1) vægter højest: 1. De mest relevante referencer set i forhold til de ydelser, der omfattes af rammeaftalen. Det vurderes, i hvor høj grad referencerne tilsammen dokumenterer relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter. Der vil blive lagt særlig vægt på dokumenteret erfaring med gennemførelse af komplekse projekter, der indebærer rejseaktivitet af længere varighed. 2. Ansøgers gennemsnitligt antal beskæftigede og antallet af ledere.

Anvendelse af dette kriterium: Anvendt

...

Oplysninger om den anden fase i en procedure, der afvikles i to faser:
Mindsteantallet af ansøgere, som skal opfordres til at deltage i anden fase af proceduren: 3

Det højeste antal ansøgere, som skal opfordres til at deltage i anden fase af proceduren: 3”.

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”8. PRÆKVALIFIKATIONSFASEN

8.1 Generelt

Udelukkelsesgrunde, kriterier for udvælgelse og minimumskrav til egnethed er angivet i udbudsbekendtgørelsen. Ansøger opfordres til at læse denne grundigt.

Kun ansøgere, som prækvalificeres, anmodes om at deltage i forhandlings- og tilbudsfasen.

8.2 Udfyldelse af anmodning om prækvalifikation

Der er udarbejdet 3 varianter af anmodning om prækvalifikation, der er vedlagt udbudsmaterialet:

1. Anmodning om prækvalifikation – ansøger
2. Anmodning om prækvalifikation – konsortiedeltager
3. Anmodning om prækvalifikation – den støttende enhed

Ansøger, eventuelle konsortiedeltagere og/eller eventuelle støttende enheder skal således hver især udfylde den korrekte variant.

Ansøger skal vedlægge ”Anmodning om prækvalifikation – ansøger”, som omfatter de i udbudsbekendtgørelsen krævede erklæringer.

Ved sammenslutninger af ansøgere (konsortium) skal hver enkelt deltager i sammenslutningen således vedlægge ”Anmodning om prækvalifikation – konsortiedeltager”, som omfatter de i udbudsbekendtgørelsen krævede erklæringer.

Hvis ansøger baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen og/eller tekniske og faglige formåen (f.eks. enheder inden for samme koncern, herunder moder-, søster- eller datterselskaber), skal hver enkelt af disse enheder vedlægge ”Anmodning om prækvalifikation – støttende enhed”, som omfatter de relevante dele af ovennævnte erklæringer.

...

9. UDELUKKELSESGRUNDE

Tilbudsgiver skal, sammen med anmodningen om prækvalifikation, aflevere en tro- og love erklæring om, at ansøger ikke er omfattet af:

- De obligatoriske udelukkelsesgrunde i artikel 39, stk. 1 i Forsvars- og sikkerhedsdirektivet
- De frivillige udelukkelsesgrunde i artikel 39, stk. 2, litra a, b, c, f, g og h i Forsvars- og sikkerhedsdirektivet
- Den særlige danske udelukkelsesgrund i Udbudslovens § 134a vedrørende etablering i et land, der er optaget på EU-listen over ikke-samarbejdsvillige skattejurisdiktioner.

Ved sammenslutninger af ansøgere (konsortium) skal hver enkelt deltager i sammenslutningen vedlægge en tro- og love erklæring vedr. udelukkelsesgrundene.

Hvis ansøger baserer sig på andre virksomheders økonomiske og finansielle formåen (f.eks. enheder inden for samme koncern, herunder moder-, søster- eller datterselskaber), skal hver enkelt af disse enheder ligeledes vedlægge en tro- og loveerklæring vedr. udelukkelsesgrundene.

Udbudsmaterialet indeholder en skabelon, som kan benyttes.

10. EU-SANKTIONER MOD RUSLAND OG RUSSISKE INTERESSER

EU har indført forbud mod deltagelse i EU-udbud af virksomheder med russisk involvering, jf. artikel 5k i Rådets Forordning (EU) no. 833/2014 af 31. juli 2014 om restriktive foranstaltninger på baggrund af Ruslands handlinger, der destabiliserer situationen i Ukraine, som ændret ved Rådets Forordning (EU) nr. 2022/578 af 8. april 2022, Rådets forordning (EU) 2022/879 af 3. juni 2022, og Rådets forordning (EU) 2022/1269 af 21. juli 2022.

Tilbudsgiver skal, sammen med det endelige tilbud, aflevere en tro- og love erklæring om, at virksomheden og tilbuddet ikke har russisk involvering, der overskrider grænserne i forordningen.

Ved sammenslutninger af tilbudsgivere (konsortium) skal hver enkelt deltager i sammenslutningen vedlægge en tro- og love erklæring.

Udbudsmaterialet indeholder en skabelon, som kan benyttes.

Hvis tro- og love erklæringen ikke medfølger tilbuddet, kan Udenrigsministeriet give mulighed for eftersendelse indenfor en kort tidsfrist. Udenrigsministeriet er dog ikke forpligtet hertil.

...

13. AFGIVELSE AF ENDELIGT TILBUD

...

13.4 Mindstekrav

Et mindstekrav er et krav, som ubetinget skal opfyldes og overholdes, idet fravigelser herfra ikke accepteres. Der kan således ikke tages forbehold over for mindstekrav.

Tilbudsgiver skal respektere følgende mindstekrav:

- Der kan **alene** tages forbehold over for følgende i Rammeaftalen, idet Rammeaftalen i øvrigt er et mindstekrav:
 - Rammeaftalens punkt 17.2 (Bod ved udskiftning af medarbejdere). Der kan kun tages forbehold over for bodens størrelse
 - Rammeaftalens punkt 23 (Mangler)
 - Rammeaftalens punkt 26 (Erstatningspligt og ansvarsfraskrivelser). Der kan kun tages forbehold for størrelsen af den maksimale erstatningspligt
 - Rammeaftalens punkt 32 (Audit)
 - Rammeaftalens punkt 33 (Rettigheder)
 - Rammeaftalens punkt 41 (Forhold ved ophør)
- Det i bilag 1 (Kravspecifikation) angivne mindstekrav
- De i bilag 1 (Kravspecifikation), Appendiks A (Sikkerhed) angivne mindstekrav. Bilaget er et mindstekrav i sin helhed.
- De i bilag 6 (Servicemål) angivne mindstekrav. Bilaget er et mindstekrav i sin helhed.
- De i bilag 8 (CSR og arbejdsklausul) angivne mindstekrav. Bilaget er et mindstekrav i sin helhed.
- De i bilag 10 (Vederlag og priser) angivne mindstekrav
- Bilag 10 (Vederlag og priser), Appendiks B – Materialeliste: Tilbudsgiver skal byde ind med Materialer på samtlige materialelinjer, som udgør det obligatoriske sortiment.

Forbehold over for mindstekrav og grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil medføre, at tilbuddet vil blive anset for ukonditionsmæssigt og dermed ikke indgå i tilbudsvurderingen.

Udenrigsministeriet betragter således mindstekravene som grundlæggende elementer i udbuddet. Dette udelukker ikke, at også andre elementer i udbuddet kan være grundlæggende elementer.

Det er i forbindelse med vurderingen af konditionsmæssighed uden betydning, hvorvidt tilbudsgiver benævner en afvigelse ”præcisering”, ”justering” eller lignende, idet det afgørende er, at der er foretaget en afvigelse, der ikke vil blive accepteret.

13.5 Vurdering af konditionsmæssighed i forhold til Materialelisten

Tilbudsgiver **skal** byde ind med Materialer på samtlige materialelinjer angivet i bilag 10, Appendiks B (Materialeliste), som udgør det obligatoriske sortiment, således at Udenrigsministeriet kan foretage en tilbudsvurdering, der opfylder kravene i de udbudsretlige principper, herunder ligebehandlingsprincippet.

Det er vigtigt for Udenrigsministeriet at modtage tilbud i overensstemmelse med kravene i det samlede udbudsmateriale. Tilbudsgiver skal derfor være omhyggelig med at udfylde bilag 10, Appendiks B (Materialeliste).

Såfremt tilbudsgiver helt undlader at byde ind med et eller flere Materialer, vil hele tilbuddet således *som udgangspunkt* være ukonditionsmæssigt og vil dermed blive afvist.

Erfaringsmæssigt kan der dog ske fejl i tilbudsafgivelsen ved udbud med så mange materialelinjer, som tilfældet er i nærværende udbud. Det er derfor meget væsentligt for Udenrigsministeriet, at tilbudsgiver i forbindelse med afgivelse af tilbud på Materialelisten kan begå mindre fejl, uden at Udenrigsministeriet skal forkaste tilbuddet. Eksempler på sådanne fejl kan være:

- Tilbudsgiver har ikke udfyldt en celle, som tilbudsgiver skal udfylde (fx pris eller varenummer)
- Tilbudsgiver har udfyldt en celle forkert
- Tilbudsgiver byder ind med samme Materiale under flere forskellige varenumre på flere positioner

Konstateres der fejl i de udfyldte varelinjer, har Udenrigsministeriet under overholdelse af de udbudsretlige principper mulighed for at søge den fejlagtige oplysning efter princippet i udbudslovens § 159. Det skal dog understreges, at Udenrigsministeriet ikke er forpligtet hertil, og at tilbudsgiver derfor ikke kan have en berettiget forventning om, at eventuelle fejl og mangler kan blive berigtiget på et senere tidspunkt.

Herudover har Udenrigsministeriet nedenstående retningslinjer for vurdering af konditionsmæssighed:

- Udenrigsministeriet kan acceptere, at tilbudsgiver maksimalt har 3 % fejl i bilag 10, Appendiks B (Materialeliste). Et samlet antal fejl under eller lig med det maksimale antal medfører således ikke, at tilbuddet bliver ukonditionsmæssigt.
- Flere fejl i samme varelinje tæller som én fejl.
- Tilbudsgiver må ikke have fejl i samtlige Materialer i en kategori, uanset om antallet af varelinjer i kategorien er under det maksimale antal tilladte fejl.
- Fejl, der bliver berigtiget iht. princippet i Udbudslovens § 159, indgår ikke i vurderingen af konditionsmæssighed.
- Såfremt den samme varelinje er ukonditionsmæssig hos alle tilbudsgivere, udgår varelinjen og vil dermed ikke tælle som en fejl.
- Fejlbehæftede varelinjer vil ikke indgå i Rammeaftalens Materialeliste ved aftalestart.

Overskrides det maksimale antal tilladte fejl, vil tilbuddet blive afvist som ukonditionsmæssigt.

...

21. DOKUMENTATION

21.1 Udelukkelsesgrunde

Udenrigsministeriet kan på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren anmode ansøger/tilbudsgiver om at fremlægge dokumentation for de forhold, der er blevet erklæret i tro og love erklæring om udelukkelsesgrunde, jf. punkt 9 ovenfor. Tilsvarende kan Udenrigsministeriet anmode ansøger/tilbudsgiver om at supplere eller præcisere modtaget dokumentation.

I så fald skal den efterspurgte dokumentation fremsendes inden en kortere tidsfrist, der fastsættes af Udenrigsministeriet. Manglende fremsendelse af efterspurgt dokumentation kan føre til udelukkelse af den pågældende tilbudsgiver fra udbudsproceduren.

21.2 EU-sanktioner mod Rusland og russiske interesser

Udenrigsministeriet kan på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren anmode ansøger/tilbudsgiver om at fremlægge dokumentation for de forhold, der er blevet erklæret i tro og love erklæring(er) om sanktioner mod Rusland og russiske interesser, jf. punkt 10 ovenfor. Tilsvarende kan Udenrigsministeriet anmode ansøger/tilbudsgiver om at supplere eller præcisere modtaget dokumentation.

I så fald skal den efterspurgte dokumentation fremsendes inden en kortere tidsfrist, der fastsættes af Udenrigsministeriet. Manglende fremsendelse af efterspurgt dokumentation kan føre til udelukkelse af den pågældende tilbudsgiver fra udbudsproceduren.

21.3 Udvalgelseskriterier og krav til egnethed

Udenrigsministeriet kan på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren anmode tilbudsgiver om at fremlægge dokumentation for de forhold, der er angivet i anmodningen om prækvalifikation. Tilsvarende kan Udenrigsministeriet anmode tilbudsgiver om at supplere eller præcisere modtaget dokumentation.

I så fald skal den efterspurgte dokumentation fremsendes inden en kortere tidsfrist, der fastsættes af Udenrigsministeriet. Manglende fremsendelse af efterspurgt dokumentation kan føre til udelukkelse af den pågældende ansøger eller tilbudsgiver fra udbudsproceduren.

Følgende dokumentation kan blive krævet:

Forhold, der skal dokumenteres	Krav til dokumentation
Udelukkelsesgrunde, jf. art. 39, stk. 1 og stk. 2	Udenrigsministeriet forbeholder sig ret til at indhente den i art. 39, stk. 3, nævnte dokumentation, såfremt der måtte være behov herfor.

...

Af skabelonen, som ansøger kunne anvende i forhold til udelukkelsesgrundene, fremgår bl.a.:

”Vejledning

Tro- og love erklæringen skal udfyldes af ansøger og vedlægges i anmodningen om prækvalifikation.

Ved sammenslutninger af tilbudsgivere (konsortium) skal hver enkelt deltager i sammenslutningen ligeledes vedlægge en tro- og love erklæring vedr. udelukkelsesgrundene.

Hvis ansøger baserer sig på andre virksomheders økonomiske og finansielle formåen (f.eks. enheder inden for samme koncern, herunder moder-, søster- eller datterselskaber), skal hver enkelt af disse enheder også vedlægge en tro- og loveerklæring vedr. udelukkelsesgrundene.

Ansøger/konsortiedeltageren/den støttende enhed opfordres til at læse udbudsbekendtgørelsen grundigt. Det er ansøgers ansvar, at anmodningen om prækvalifikation opfylder de heri angive krav.”

TPA, der er Udenrigsministeriets nuværende leverandør af de udbudte ydelser, indsendte inden ansøgningsfristens udløb anmodning om prækvalifikation. TPA havde i sin ansøgning anført fire referencer, der omfattede opgaver for Udenrigsministeriet udført i henholdsvis Beijing, Kyiv, Taipei og Beirut.

Foruden TPA fremsendte Atea A/S, Bravida Danmark A/S (med Penta Sikring ApS som støttende enhed), Kemp & Lauritzen A/S og KIBO Sikring A/S også anmodning om prækvalifikation.

Den 11. november 2024 sendte Udenrigsministeriet en anmodning til henholdsvis Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S om fremsendelse af tro og loveerklæring vedrørende udelukkelsesgrundene.

Den 29. november 2024 sendte Udenrigsministeriet underretning om prækvalifikation til TPA, hvori det var anført:

”...

Der er modtaget i alt 5 konditions-mæssige anmodninger om prækvalifikation.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at Udenrigsministeriet vil begrænse antallet af ansøgere til maksimum 3 tilbudsgivere. Udenrigsministeriet har derfor anvendt de nedenfor angivne objektive kriterier som angivet i udbudsbekendtgørelsen til udvælgelsen og har på den baggrund udvalgt de 3 bedst egnede ansøgere:

Såfremt der modtages flere egnede anmodninger end det fastsatte antal, der vil blive opfordret til at deltage, vil ordregiver foretage udvælgelsen af det fastsatte antal ud fra et sagligt skøn, hvor der lægges vægt på den tekniske og faglige kapacitet ud fra de afgivne oplysninger, som beskrevet ved vurderingsgrundlaget nedenfor, hvor punkt 1) vægter højest:

1. De mest relevante referencer set i forhold til de ydelser, der omfattes af rammeaftalen. Det vurderes, i hvor høj grad referencerne tilsammen dokumenterer relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter. Der vil blive lagt særlig vægt på dokumenteret erfaring med gennemførelse af

komplekse projekter, der indebærer rejseaktivitet af længere varighed.

2. Ansøgers gennemsnitligt antal beskæftigede og antallet af ledere.

Til brug for udvælgelsen er der ved vurderingen af anmodningerne anvendt følgende skala:

- Meget god
- God
- Tilfredsstillende
- Mindre tilfredsstillende
- Utilstrækkelig

Vi må desværre meddele, at De ikke er blandt de prækvalificerede virksomheder.

Udenrigsministeriet har vurderet Deres ansøgning således:

Forhold	Vurdering
Referencer	Ansøger har vedlagt 4 referencer: 1. Referencen vedrørende Udenrigsministeriet (Beijing, Kina) angives at have en værdi på 4.800.000 DKK. 2. Referencen vedrørende Udenrigsministeriet (Kyiv, Ukraine) angiver at have en værdi på 1.600.000 DKK. 3. Referencen vedrørende Udenrigsministeriet (Taipei, Taiwan) angives at have en værdi på 2.500.000 DKK. 4. Referencen vedrørende Udenrigsministeriet (Beirut, Libanon) angives at have en værdi på 2.100.000 DKK.

Forhold	Vurdering
1. Referencen vedrørende Udenrigsministeriet (Beijing, Kina) angivet værdi på 4.800.000 DKK	Referencen omfatter en opgradering af sikkerhedssystemer og IT- infrastruktur i form af : ▪ Etablering af både sikrede og u-sikrede føringsveje (plomberede og ubrudte) ▪ Opgradering af IT-installationer og netværk ▪ Udskiftning af teknikrack og switche, etablering af data- og elkabling ▪ RF-måling udført på både 2,4GHz og 5GHz frekvenser ▪ Installation af nye stikkontakter til arbejdsstationer og omplacering af udstyr, såsom TV-skærme og luftrenseanlæg. ▪ Etablering af alarmsystem med sensorer med aktive optiske barrierer, betjeningspaneler, bevægelsessensorer og røg- og temperaturfølere. ▪ Etablering af adgangskontrolsystem ▪ installation af videoovervågningssystem Installation af IP-baseret intercom-system ▪ Dokumentation, slutkontrol og rapportering samt test-rapporter. Al dokumentation og kvalitetskontrol blev udført i henhold til ISO9001-standarderne. Referencen omfatter tillige løbende koordinering og samarbejde med lokale aktører og slutbrugere samt koordination med projektleder i DK. Referencen angiver ikke erfaring med mindre bygningstilpasninger, materiale leverancer, driftssupport og vagttelefon. <i>Det vurderes, at referencen i stor grad dokumenterer relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter.</i> <i>Referencen vurderes i moderat omfang at dokumentere erfaring med gennemførelse af komplekse projekter, men indeholder en vis rejseaktivitet.</i>

Forhold	Vurdering
2. Referencen vedrørende Udenrigsministeriet (Kyiv, Ukraine) angivet værdi på 1.600.000 DKK.	Referencen omfatter: ▪ Opgradering af sikkerhedssystemerne (AIA, ADK og CCTV) Udvidelse af IT- og el-installationer ▪ Dokumentationspakke ▪ Koordinering med Kundens sikkerhedsansvarlige ▪ Demontering og sikring af netværksskabler med etablering af sikrede føringsveje og plombering. Installationskanaler blev plomberet ▪ Etablering af OM3-fiberforbindelser til arbejdsstationer med fiberudtag og stikkontakter ▪ Opgradering af alarmsystem og installation af PIR-detektorer og magnetkontakter ▪ Opgradering af ADK-system opgraderet med kabelføring Installation af videoovervågningssystem ▪ Udskiftning af udvalgte låsecylindre ▪ Dokumentation, slutkontrol og rapportering med komponentopmærkning og fotodokumentation ▪ Pakning og organisering af returmateriel. Referencen omfatter tillige løbende statusmøder og koordinering med kundens projektleder samt kontinuerlig opfølgning. Referencen angiver ikke erfaring med mindre bygningstilpasninger, driftssupport og vagttelefon. <i>Det vurderes, at referencen i stor grad dokumenterer relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter.</i> <i>Referencen vurderes i lavt omfang at dokumentere erfaring med gennemførelse af komplekse projekter, men indeholder en vis rejseaktivitet.</i>

Forhold	Vurdering
3. Referencen vedrørende Udenrigsministeriet (Taipei, Taiwan) angivet værdi på 2.500.000 DKK	Referencen vedrørende Udenrigsministeriet (Taipei, Taiwan) omfatter komplet nyetablering af IT- og el-installationer og sikkerhedssystemer samt flytning af servere og biometristation til ny lokation i form af: ▪ IT-installationer, netværk IT-infrastruktur: Kabling under teknikgulve ▪ Installation af arbejdsstationer i gulvbokse med fiber og 230V stikkontakter ▪ Omlægning til vægkanaler ▪ Rack-installationer ▪ Montering af ASA-bokse ▪ UPS og Powerline-filter ▪ Alarm- og adgangskontrolsystemer: ▪ AIA-system: Der blev installeret og programmeret centraler, undercentraler, PIR-detektorer, magnetkontakter og sirener. Disse blev programmeret ▪ ADK-system: Der blev installeret adgangskontrol, mekaniske låsekasser, simple codehandles på kontordøre. Installation af nødtryk og nødnøgleskabe ▪ Videoovervågning: ▪ Installation af overvågningskameraer ▪ Installation af en NAS-enhed i et rackskab ▪ Installation af specialdøre og sikkerhedskabinetter, boksdøre, slusedøre og lyddøre ▪ Dokumentation, slutkontrol og rapportering ▪ Pakning og levering af materialer Referencen omfatter projektledelse, udarbejdelse af koordineringsplan og kommunikation. Referencen angiver ikke erfaring med driftssupport og vagttelefon. <i>Det vurderes, at referencen i stor grad dokumenterer relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter.</i> <i>Referencen vurderes i moderat omfang at dokumentere erfaring med gennemførelse af komplekse projekter, men indeholder en vis rejseaktivitet.</i>

Forhold	Vurdering
4. Referencen vedrørende Udenrigsministeriet (Beirut, Libanon) angivet værdi på 2.100.000 DKK	Referencen omfatter færdiggørelse af diverse IT- og sikkerhedsinstallationer i form af: ▪ Test af IT, el, AIA, ADK og CCTV ▪ Etablering af eltavler og powerline-filter ▪ Rykket en eltavle ▪ Opgraderet CCTV- og ADK-systemer blev opgraderet på flere etager ▪ Dokumentation, slutkontrol og rapportering ▪ Pakning og returnering af materialer ▪ Overlevering til projektleder. Referencen omfatter projektledelse og koordinering med kundens sikkerhedsansvarlige. Referencen angiver ikke erfaring med mindre bygningstilpasninger, driftssupport og vagttelefon. <i>Det vurderes, at referencen i stor grad dokumenterer relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter.</i> <i>Referencen vurderes i lavt omfang at dokumentere erfaring med gennemførelse af komplekse projekter, men indeholder en vis rejseaktivitet.</i>
Samlet vurdering referencer	Tilsammen vurderes referencerne i stor grad at dokumentere relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter i forhold til rammeaftalen. Referencerne vurderes i moderat omfang at dokumentere erfaring med gennemførelse af komplekse projekter, der også indebærer en vis rejseaktivitet.

...

Til sammenligning kan oplyses følgende om vurderingen af de prækvalificerede ansøgere:

- 1 ansøger fik vurderingen meget god
- 2 ansøgere fik vurdering god

Der er således andre ansøgere, der baggrund af de ovenfor anførte kriterier vurderes at være bedre egnede.

Herudover var der 1 ansøger, der fik vurderingen mindre tilfredsstillende.

Udenrigsministeriet har derfor prækvalificeret følgende ansøgere:

1. Atea A/S
2. Kemp & Lauritzen A/S

3. KIBO Sikring A/S

...”

Den 2. december 2024 anmodede TPA om aktindsigt i Udenrigsministeriets vurderinger af de udvalgte ansøgers referencer. Den 17. december 2024 fremsendte Udenrigsministeriet afgørelse om aktindsigt, hvor TPA delvist fik aktindsigt i de ønskede dokumenter og oplysninger. De udleverede dokumenter fra aktindsigtsafgørelsen omfatter bl.a. Udenrigsministeriets indstillingsnotat, hvoraf fremgår, at ministeriet har foretaget berigtigelse i forhold til anmodningerne fra henholdsvis Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S, der begge manglede at vedlægge tro og love-erklæringen vedrørende udelukkelsesgrundene.

TPA fik også delvist aktindsigt i Udenrigsministeriets vurderinger af de tre prækvalificerede ansøgers referencer.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

TPA har gjort gældende, at det har udgjort en væsentlig og alvorlig overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at Udenrigsministeriet ikke afviste ansøgningerne fra Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S, men i stedet tillod disse virksomheder at eftersende de manglende tro og love-erklæringer.

Ansøgningerne fra Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S indeholdt ikke den krævede tro og love-erklæring vedrørende udelukkelsesgrundene. Som kravet vedrørende tro og love-erklæringen var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne og vejledningen til Udenrigsministeriets skabelon til erklæringen, har det haft karakter af et mindstekrav eller et grundlæggende element i udbuddet, og manglende iagttagelse af kravet har derfor skullet føre til afvisning af ansøgningen.

Det var i alle tre udbudsdokumenter fremhævet, at ansøgningen skulle indeholde den påkrævede tro og love-erklæring, og i vejledningen til skabelonen havde Udenrigsministeriet eksplicit fremhævet, at det var ”ansøgers ansvar,

at anmodningen om prækvalifikation opfylder de heri angivne krav.” Udbudsmaterialet har således stillet krav om afgivelse af tro og love-erklæringen i ansøgningen, idet ansøgningen ellers ville blive afvist.

Udenrigsministeriet har i øvrigt for så vidt angår kravet om en såkaldt Rusland-erklæring eksplicit angivet i udbudsbetingelserne, at ministeriet forbeholdt sig ret til at tillade erklæringen eftersendt, hvis tilbudsgiverne ikke medsendte den i det endelige tilbud som krævet.

Et tilsvarende forbehold vedrørende muligheden for eftersendelse fremgik ikke i pkt. 9 i udbudsbetingelserne vedrørende udelukkelsesgrundene. Udenrigsministeriets undladelse af at beskrive en sådan tilsvarende mulighed for at tillade tro og love-erklæringen vedrørende udelukkelsesgrundene eftersendt kan kun forstås således, at erklæringen i overensstemmelse med beskrivelsen af kravet i udbudsmaterialet skulle foreligge sammen med ansøgningen, og at ansøgernes undladelse heraf ville føre til pligtmæssig afvisning.

Udenrigsministeriet har som ordregiver været forpligtet til at håndhæve de krav, der var stillet til ansøgningerne i udbudsmaterialet. Udenrigsministeriet skulle derfor i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet have afvist ansøgningerne fra Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S, idet disse ansøgninger ikke indeholdt en underskrevet tro og love-erklæring om udelukkelsesgrundene, jf. klagenævnets kendelser af 18. august 2010, Ravn/Herholdt A/S mod Norddjurs Kommune, af 16. september 2010, Bayer A/S mod Amgro I/S, og af 18. juli 2014, Kontech A/S og ES Stålin-dustri ApS mod Boligorganisationen Tårnbyhuse.

Det har ligget uden for rammerne af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 45 at indhente de manglende tro og love-erklæringer hos Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S efter ansøgningsfristens udløb. Så vidt TPA er orienteret, fremgik der ikke noget om udelukkelsesgrundene i Atea A/S’ og Kemp & Lauritzen A/S’ ansøgninger. Der er således ikke tale om, at de to ansøgere har suppleret eller uddybet de oplysninger, der fremgik af deres ansøgninger.

Der er derimod tale om, at de to virksomheder fik tilladelse til at fremlægge et nyt og selvstændigt dokument, som ikke havde sammenhæng med dokumenter eller oplysninger, der allerede fremgik af virksomhedernes ansøgninger.

Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S har desuden hver især afgivet en erklæring om, at de på tidspunktet for eftersendelsen af tro og love-erklæringen ikke var omfattet af udelukkelsesgrundene, og ikke om, at de på ansøgnings-tidspunktet ikke var omfattet af udelukkelsesgrundene.

Der er på den baggrund ikke tale om, at de manglende tro og love-erklæringer vedrører oplysninger, som, det objektivt set kan kontrolleres, forelå på ansøgningstidspunktet, og Udenrigsministeriet har under alle omstændigheder heller ikke konkret formået at kontrollere, at de pågældende oplysninger forelå på ansøgningstidspunktet.

I forbindelse med en prækvalifikation udgør udelukkelsesgrundene et grundlæggende element i vurderingen af de ansøgninger, der indkommer. Det må derfor sidestilles med afgivelse af en ny ansøgning, hvis en ansøger får mulighed for efter ansøgningsfristen at fremsende en underskrevet tro og love-erklæring vedrørende udelukkelsesgrundene, jf. EU-Domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14, Esaprojekt.

Det beror i øvrigt på en misforståelse af udbudsreglerne, når Udenrigsministeriet i sit indstillingsnotat begrundet indhentelsen af erklæringerne efter ansøgningsfristens udløb med, at oplysningerne er ”objektivt konstaterbare”. Særligt den frivillige udelukkelsesgrund i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 39, stk. 2, litra h), der vedrører økonomiske aktørers svigagtige afgivelse af urigtige oplysninger om udelukkelse, egnethed og udvælgelse, er ikke en objektivt konstaterbar oplysning.

Flere af de øvrige anvendte udelukkelsesgrunde vedrører i øvrigt forhold, hvor der ikke foreligger offentligt tilgængelige oplysninger om de økonomiske aktører, og hvor det ikke på tilsvarende måde som eksempelvis offentliggjorte årsregnskaber er muligt at kontrollere, om ansøgerne på ansøgnings-tidspunktet opfyldte de stillede krav vedrørende udelukkelse.

Udelukkelsesgrundene har desuden haft praktisk betydning i relation til de involverede ansøgere, idet Atea A/S tidligere har været omfattet af udelukkelsesgrundene som følge af et forhold vedrørende bestikkelse.

TPA bestrider ikke, at forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 45 skal fortolkes i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5 og 6, og den måde

hvorpå bestemmelsen er blevet fortolket i praksis. Berigtigelsen af ansøgningerne fra Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S har imidlertid ligget langt uden for rammerne af de principper, der følger af udbudslovens § 159, stk. 5 og 6.

Udenrigsministeriets indhentelse af tro og love-erklæringer hos Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S efter ansøgningsfristens udløb har således dels haft karakter af fremsendelse af nye ansøgninger, jf. princippet i udbudslovens § 159, stk. 5, dels været direkte afskåret af Udenrigsministeriet selv, således som udbudsbetingelserne var fastlagt af Udenrigsministeriet, jf. princippet i udbudslovens § 159, stk. 6.

Supplerende har TPA med henvisning til generaladvokat Collins' forslag til afgørelse af 7. marts 2024 i sag C-652/22, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.S., anført, at en berigtigelse af en ansøgning om prækvalifikation ikke er mulig, hvis berigtigelsen relaterer sig til oplysninger, uden hvilke ansøgningen ikke ville være konditionsræssig. TPA har anført, at det netop er det, der er tale om i denne sag, hvor en tro og love-erklæring vedrørende udelukkelsesgrundene var afgørende for, om Udenrigsministeriet kunne tage ansøgningen i betragtning. Endvidere følger det af forslaget til afgørelse, at en berigtigelse af en ansøgning om prækvalifikation er afskåret, hvis det entydigt følger af udbudsbetingelserne, at en ansøgning eller et tilbud skal indeholde de relevante dokumenter. Forslaget til afgørelse stemmer overens med klagenævnets udlægning af udbudslovens § 159, stk. 6, som denne kom til udtryk i klagenævnets kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune.

Udenrigsministeriet har gjort gældende, at ministeriet ikke har handlet i strid med udbudsreglerne og var berettiget til at berigtige ansøgningerne ved at indhente tro og love-erklæringerne, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 45, jf. artikel 39, samt principperne i udbudslovens § 159, stk. 5 og stk. 6.

Det er i øvrigt almindelig praksis i udbud efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet at henvise til principperne i udbudslovens § 159, hvor stk. 5 og stk. 6 er en kodificering af praksis, herunder EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, C-336/12 (herefter ”Manova-dommen”).

Det fremgår af udbudslovens § 159, stk. 5, og bemærkningerne hertil, ligesom det følger af Manova-dommen, at ordregiver – i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet – kan bede ansøger om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation, såfremt ansøgningen er ufuldstændig eller fejlbehæftet, eller når der mangler specifikke dokumenter, der ikke udgør fremsættelse af en ny ansøgning.

Det følger dog af udbudslovens § 159, stk. 6, at en ordregiver er forpligtet til at afvise en ansøgning, såfremt det udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen skal afvises.

Udenrigsministeriet har ikke krævet, at ansøgning om prækvalifikation skulle fremgå af et ESPD, idet et ESPD ikke er påkrævet ved udbud efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Udenrigsministeriet har endvidere ikke anført, at det ville medføre afvisning, såfremt den omtalte tro og love-erklæring ikke var medsendt ansøgningen. Derimod havde Udenrigsministeriet i overensstemmelse med sædvanlig praksis på området vedlagt en egenudviklet skabelon i tre varianter til brug for ansøgers anmodning om prækvalifikation.

Adgangen til at berigtige fejl og mangler ved et ESPD kan direkte overføres til andre typer dokumenter såsom Udenrigsministeriets skabeloner til anmodning om prækvalifikation, der har et tilsvarende formål, indhold og karakter som et ESPD, idet de heri afgivne oplysninger efterfølgende kan dokumenteres forud for tildeling af rammeaftalen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 21.1.

Med udgangspunkt i udbudslovens § 159, stk. 5 og 6, lovbemærkninger dertil, Manova-dommen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsreglerne kan følgende kumulative betingelser for, at ordregiver er berettiget til at anmode en ansøger om, at oplysninger berigtiges, suppleres eller fuldstændiggøres, udledes:

- 1) Det skal objektivt kunne kontrolleres, at de oplysninger, som ansøgningen vedrører, forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i udbuddet,
- 2) Ordregiver skal ligebehandle ansøgerne efter princippet om ligebehandling i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4/udbudslovens § 2,

- 3) Berigtigelsen af ansøgningen må ikke føre til, at ansøgeren fremsætter en ny ansøgning, og
- 4) Det må ikke fremgå udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at forholdet vil føre til afvisning af ansøgningen.

Udenrigsministeriet har handlet i overensstemmelse med samtlige fire betingelser.

Det følger af bemærkningerne til udbudsloven, at det ikke er et krav, at dokumentationen forelå på tidspunktet forud for ansøgningsfristens udløb, men det skal objektivt kunne konstateres og dokumenteres, at oplysningerne, der skal angives, forelå forud for ansøgningsfristens udløb. Det er derfor alene de oplysninger, som ansøger skal angive i tro og love-erklæringen, der skal foreligge på ansøgningstidspunktet.

Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S blev anmodet om ved afkrydsning i tro og love-erklæringen at angive, hvorvidt de var omfattet af de nævnte obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde. Selv om virksomhedernes bekræftelse på ikke at være omfattet af udelukkelsesgrundene ikke var medsendt på tidspunktet for ansøgningsfristens udløb den 7. november 2024, blev det bekræftet henholdsvis den 12. og 13. november 2024, at ingen af disse virksomheder var omfattet af de pågældende udelukkelsesgrunde.

De efterspurgte oplysninger i tro og love-erklæringen vedrører alene oplysninger om ansøgers forhold og virksomhedsmæssige situation på ansøgningstidspunktet i forhold til de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde og udgør oplysninger, der allerede objektivt forelå på tidspunktet for ansøgningsfristen.

Den frivillige udelukkelsesgrund om afgivelse af urigtige eller mangelfulde oplysninger giver en ordregiver ret til at udelukke en ansøger, hvis det konstateres i udbudsprocessen, at ansøgeren svigagtigt har afgivet urigtige oplysninger eller svigagtigt har undladt at give oplysninger i forbindelse med ansøgnings- eller tilbudsafgivelsen.

Der er her altså tale om de oplysninger, som indgår i ansøgningen. Hvorvidt ansøgeren underskrev tro og love-erklæringen på ansøgningstidspunktet eller

få dage senere ændrer ikke ved, at udelukkelsesgrunden angår, om ansøgeren svigagtigt havde afgivet urigtige oplysninger i ansøgningen, som var fremsendt inden ansøgningsfristen.

Allerede fordi de oplysninger, som udelukkelsesgrunden angår, var afgivet på ansøgningstidspunktet, kunne det objektivt konstateres, om ansøgeren på ansøgningstidspunktet var omfattet af den pågældende udelukkelsesgrund, hvis Udenrigsministeriet havde foretaget en kontrol heraf.

Ved dom af 10. oktober 2023 i sag nr. BS-27079/2022-OLR (herefter ”EkspONENT-dommen”) accepterede Østre Landsret, at tilbudsgiver efter tilbudsfristens udløb kunne eftersende nye referencer, der levede op til minimumskravene, da i) referencerne vedrørte opgaver, der var udført forud for tilbudsfristens udløb, ii) tilbudsgiver ikke opnåede en konkurrencemæssig fordel ved at indgive de supplerende referencer efter tilbudsfristen, iii) referencerne i øvrigt ikke skulle evalueres i forbindelse med udvælgelsen, og iv) de supplerende referencer forelå, før kommunen indgik kontrakt med tilbudsgiver. Tidspunktet for indgivelsen af de supplerende referencer (efter tilbudsfristens udløb) kunne efter landsrettens mening ikke føre til et andet resultat.

EkspONENT-dommen fastslår således, at ”objektivt konstaterbare” oplysninger lovligt kan suppleres eller præcises, uden at dette udgør en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Dette kan endda udstrækkes til, at selv oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver i et vist omfang kan tilpasse det konkrete udbud, f.eks. referencer fra en tilbudsgivers case bibliotek, anses som ”objektivt konstaterbare” oplysninger.

Det var i overensstemmelse med udbudsreglerne, at Udenrigsministeriet fremsatte anmodning om eftersendelse af de manglede tro og love-erklæringer om udelukkelsesgrunde til begge ansøgere, som ikke havde fremsendt disse inden tilbudsfristens udløb, da oplysninger om opfyldelse af udelukkelsesgrundene indeholder en langt højere grad af objektivt konstaterbare forhold end referencer fra et case bibliotek, og som derfor så meget desto mere opfylder kravene hertil.

Udenrigsministeriet har ikke indrømmet Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S en konkurrencefordel ved at lade virksomhederne berigtige deres ansøgning ved fremsendelse af tro og love-erklæringen, idet der ikke er opnået en fordel i viden eller tid, da tro og love-erklæringen ikke kan indgå i vurderingen og

derfor alene anvendes til en objektiv konstatering af, at ansøgerne ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene.

Det følger af lovbemærkningerne, at det ikke betragtes som en ny ansøgning, hvis det objektivt kan konstateres, at oplysningerne forelå på tidspunktet for ansøgningsfristens udløb, eller hvis oplysningerne ikke giver ansøgeren en konkurrencefordel. Henset til den korte tidsperiode og indholdet af de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde ville det være usandsynligt, at der i den mellemliggende periode skulle være sket ændringer i de to virksomheders forhold i en sådan grad, at afgivelse af oplysningerne kan siges at udgøre en ny ansøgning eller give de to virksomheder en uberettiget konkurrencefordel.

Tro og love-erklæringen udgør ikke et grundlæggende element, men har til formål, at ordregiver kan foretage en objektiv konstatering af, om ansøger er omfattet af udelukkelsesgrundene, og oplysningerne i erklæringen anvendes således ikke i udvælgelsen. Der kan trækkes en direkte parallel til Eksponentdommen, der fastslog, at ordregiver var berettiget til at indhente nye referencer, idet referencerne ikke blev benyttet til udvælgelse, men blot til objektiv konstatering af, om mindstekravene til referencerne var opfyldt.

En ordregiver er kun forpligtet til at afvise en ansøgning i de tilfælde, hvor det udtrykkeligt er anført i udbudsmaterialet, at en ansøgning vil blive afvist, såfremt konkrete oplysninger mangler. Det fremgik ikke af udbudsmaterialet, at manglende fremsendelse af tro og love-erklæringen om udelukkelsesgrunde ville medføre, at ansøgningen ville blive afvist som ukonditionsmæssigt.

Udenrigsministeriets angivelse af, at det er ansøgerens eget ansvar, at ansøgningen om prækvalifikation opfyldte de angivne krav i erklæringen i de tre skabeloner, kan ikke føre til et andet resultat, da denne passus vedrører det forhold, at ansøger er ansvarlig for korrekt udfyldelse af erklæringen, samt at ansøger ikke kan forvente, at ministeriet berigtiger eventuelle forhold, idet det for ordregiver alene er en mulighed, men ikke en forpligtelse at foretage berigtigelse.

Ad påstand 3

TPA har gjort gældende, at Udenrigsministeriet ved det konkrete udbud foretog en åbenlys urigtig bedømmelse af ansøgningerne og var inkonsekvent i den måde, hvorpå ministeriet vurderede ansøgernes referencer. Det skøn, som Udenrigsministeriet udøvede i forbindelse med prækvalifikationen, var således i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

TPA anerkender, at der sædvanligvis tilkommer en ordregiver et vidt skøn i forhold til, hvordan denne vurderer de referencer, der skal danne grundlag for prækvalifikationen ved et tofaset udbud.

Der foreligger en række uforståelige elementer i Udenrigsministeriets vurdering af referencerne, der indebærer, at det efter omstændighederne må være ministeriet, der skal løfte bevisbyrden for, at udvælgelsen skete i overensstemmelse med de kriterier, der var angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at der ved vurderingen af referencerne ville blive lagt vægt på ”dokumenteret erfaring med gennemførelse af komplekse projekter, der indebærer rejseaktivitet af længere varighed”. TPA udvalgte på baggrund af denne beskrivelse i udbudsbekendtgørelsen referencer udført for fjerntliggende danske repræsentationer i henholdsvis Beijing, Kyiv, Taipei og Beirut, idet der i forbindelse med leverancer til disse repræsentationer i sagens natur var betydelig rejseaktivitet af længere varighed. Uagtet denne fremhævelse af referencerne vedrørende fjerntliggende repræsentationer i ansøgningen vurderede Udenrigsministeriet alene referencerne til at have ”en vis rejseaktivitet”. Videre har Udenrigsministeriet vurderet referencerne for henholdsvis TPA og KIBO Sikring A/S fuldstændigt ens, uagtet KIBO Sikring A/S’ referencer vedrørte opgaver udført i Danmark for kunderne Energinet og Forsvarets Ejendomsstyrelse.

Det er i den forbindelse uforståeligt, at Atea A/S i forhold til referencen vedrørende arbejde udført for Udenrigsministeriet opnåede vurderingen ”en betydelig rejseaktivitet”, når der henses til, at leverancerne dels ligger fire år tilbage i tid, dels er udført for repræsentationer svarende til dem, som TPA havde oplyst om i sine referencer og opnåede en væsentligt dårligere bedømmelse af.

Videre henviste TPA til referencer, der fuldstændigt svarer til de opgaver, der vil være omfattet af den nye rammeaftale. Til trods herfor vurderede

Udenrigsministeriet, at referencerne kun i lavt eller moderat omfang dokumenterede erfaring med komplekse projekter.

I forhold til Atea A/S' reference vedrørende Udenrigsministeriet, der er cirka fire år gammel og i modsætning til rammeaftalen med TPA ikke omfattede sikkerhedsinstallationer, vurderede ministeriet, at der var tale om en reference, der "vurderes i betydeligt omfang at dokumentere erfaring med gennemførelse af komplekse projekter". Ligeledes vurderede Udenrigsministeriet, "at referencen i stor grad dokumenterer relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter."

Atea A/S' tidligere rammeaftale med Udenrigsministeriet omfattede i modsætning til TPA's rammeaftale ikke udførelse af sikkerhedsinstallationer, hvilket indgår som et væsentligt element i den udbudte rammeaftale. Erfaring med udførelse af sikkerhedsinstallationer må generelt indgå med større vægt end bygningstilpasninger ved vurderingen af ansøgernes referencer, da bygningstilpasninger i modsætning til sikkerhedsinstallationer kun indgår i begrænset omfang i den udbudte rammeaftale, hvilket også var fremhævet i udbudsbekendtgørelsen.

Udenrigsministeriet har vurderet, at Atea A/S har dokumenteret betydelig mere erfaring med komplekse projekter, blot fordi Atea A/S har angivet flere konkrete leverancekontrakter i beskrivelsen af referencen vedrørende Udenrigsministeriet.

Det fremgik ikke af udbudsmaterialets beskrivelse af dette udvælgelseskriterium, at antallet af konkrete leverancekontrakter ville blive tillagt betydning ved vurderingen. At en ansøger i henhold til en rammeaftale har udført en lang række enkeltstående projekter, der ikke individuelt kan betragtes som komplekse, kan ikke føre til den konklusion, at de enkeltstående projekter samlet set betragtes som komplekse, jf. hertil klagenævnets kendelse af 12. december 2018, KMD A/S mod Københavns Kommune, Socialforvaltningen.

Udvælgelsen skete således på et usagligt og vilkårligt grundlag i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Udenrigsministeriet har gjort gældende, at der er foretaget en saglig og rigtig bedømmelse. Udenrigsministeriets udvælgelse af de prækvalificerede ansøgere er sket i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen.

Udenrigsministeriet har ved evalueringen af ansøgningerne nøje gennemgået deres indhold, herunder først og fremmest referencerne. Udenrigsministeriet modtog i alt fem konditionsmæssige ansøgninger om prækvalifikation.

Som angivet i udbudsbekendtgørelsen agtede Udenrigsministeriet at begrænse antallet af udvalgte deltagere i udbuddet til tre. Udenrigsministeriet foretog derfor en udvælgelse baseret på de objektive og saglige kriterier angivet i udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.9.

Det første element i vurderingen i forbindelse med udvælgelsen er, om de vedlagte referencer "tilsammen dokumenterer relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter". Referencerne vurderes "i forhold til de ydelser, der omfattes af rammeaftalen". Udenrigsministeriet gennemgik samtlige modtagne referencer og vurderede deres indhold og omfang over for de ydelser, der er beskrevet i rammeaftalen. De konkrete vurderinger af referencerne indgik efterfølgende i Udenrigsministeriets samlede kvalitative skøn over, i hvilket omfang referencerne dokumenterede erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter.

Udenrigsministeriet foretog således den kvalitative vurdering af ansøgernes referencer ud fra, om referencerne hver for sig og samlet dokumenterede relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter.

Samlet set, og vurderet hver for sig, var det Udenrigsministeriets skøn, at 1) de fire referencer fra TPA vedrørende den netop udløbne rammeaftale mellem TPA og Udenrigsministeriet og 2) de samlede referencer fra Atea A/S vedrørende den forudgående rammeaftale mellem Atea A/S og ministeriet i stor grad for begges vedkommende dokumenterede relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter.

Det indgik i vurderingen af Atea A/S' reference, at den ikke dokumenterede erfaring med sikkerhedsinstallationer, ligesom det indgik i vurderingen af TPA's referencer, i hvilket omfang disse demonstrerede erfaring med den udbudte rammeaftales ydelser. Det er Udenrigsministeriets vurdering, at

TPA's referencer ikke dokumenterede erfaring med samtlige ydelser omfattet af rammeaftalen. For såvel Atea A/S som TPA var situationen derfor, at der var ydelsesområder for den udbudte rammeaftale, som de fremlagte referencer ikke dokumenterede erfaring med, og det var Udenrigsministeriets skøn og endelige vurdering, at referencerne var på samme niveau, for så vidt angår kriteriet om sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter.

Uagtet at Udenrigsministeriet har kendskab til og viden om TPA's opnåede erfaringer fra den tidligere rammeaftale mellem TPA og ministeriet, kunne ministeriet ved udvælgelsen af ansøgere ikke lægge vægt på denne viden. Udenrigsministeriet kunne alene lægge vægt på det anførte i ansøgningen om prækvalifikation.

Det er et fast udbudsretligt princip, at det tydeligt skal fremgå af udbudsmaterialet, hvis en ordregiver ønsker at tillægge et specifikt forhold særlig betydning. Når dette ikke eksplicit fremgår, følger det ligeledes af samme udbudsretlige princip, at alle forhold i givet fald skal vurderes ens.

Udenrigsministeriet angav ikke i den udbudte rammeaftale, at sikkerhedsinstallationer skulle tillægges en særskilt betydning. Udførelse af sikkerhedsinstallationer skulle derfor ikke have indgået med en særlig høj vægtning i vurderingen af referencerne. Hvis det var meningen, at erfaring med nogle ydelsesområder skulle vægte højere end erfaring med andre ydelsesområder, ville dette have været anført i udbudsbekendtgørelsen.

Det vil derfor efter ministeriets opfattelse udgøre en overtrædelse af udbudsreglerne, hvis ministeriet havde tillagt nogle forhold og ydelsesområder særlig høj vægtning i vurderingen, når dette ikke var angivet i udbudsbekendtgørelsen og beskrivelsen af udvælgelsesvurderingen.

For så vidt angår leveringskontrakter er det ikke kun antallet af leveringskontrakter, der er indgået i vurderingen af, om referencerne dokumenterer erfaring med komplekse projekter. Udenrigsministeriet har i den udbudte rammeaftale lagt vægt på krav til og forudsætninger for udførelsen af arbejdet samt arbejdets særlige karakter, jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1.

Ved Udenrigsministeriets vurdering af, om referencerne demonstrerer erfaring med komplekse projekter, er der lagt vægt på andet og mere end blot leveringskontrakternes antal. I vurderingen af kompleksitet er også indgået

en vurdering af erfaring med at håndtere de særlige vilkår for arbejdets udførelse og erfaring med at udføre og koordinere opgaverne under disse vilkår, herunder håndtere flere opgaver på samme tid og sikre samme serviceniveau på tværs heraf.

Det er således ikke korrekt, at erfaring med gennemførelsen af en række enkeltstående leveringskontrakter ikke kan føre til den vurdering, at de samlet set kan betragtes som komplekse. Dette gælder, uanset om leveringskontrakterne enkeltvist er komplekse eller ej.

Antallet af referencer er ikke tillagt afgørende betydning ved udvælgelsen.

KIBO Sikring A/S' referencer vedrørende Energinet og Forsvarets Ejendomsstyrelse omhandler landsdækkende rammeaftaler bl.a. dækkende reparationer, eftersyn og nye installationer på tværs af lokationer i Danmark. Det er på den baggrund Udenrigsministeriets vurdering, at de to referencer fra KIBO Sikring A/S dokumenterer rejseaktivitet af relevans i forhold til den udbudte rammeaftale, og at der er tale om "en vis rejseaktivitet".

Rejseaktivitet udgør ikke et selvstændigt forhold eller kriterium, men har indgået som et element i kompleksitetsvurderingen. Rejseaktivitet er ikke defineret, og ingen af ansøgerne har anført noget specifikt i forhold til rejseaktivitet, hvorfor rejseaktivitet i begrænset omfang er indgået i kompleksitetsvurderingen.

Det fremgår i udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1, at leverandøren som led i rammeaftalen skal "koordinere flere opgaver på én gang, og levere på tværs af forskellige steder og tidszoner uden større gene eller afbrydelse af det daglige arbejde hos ordregiver". Udenrigsministeriet har derfor alene inddraget det faktisk angivne i forhold til referenceprojekternes ydelsesindhold, omfang og værdi samt varigheden af opgavens udførelse og dermed opholdets varighed.

Efter fast praksis har ordregiver et vidt skøn i forhold til vurderingen af ansøgningerne i forbindelse med prækvalifikationen, medmindre ordregiver foretager en åbenbar urigtig bedømmelse, jf. klagenævnets kendelser af 16. juni 2023, Revenue Collection Systems Denmark ApS mod Rejsekort & Rejse-

plan A/S, og af 23. februar 2022, Bjarke Ingels Group A/S mod Aarhus Kommune. Udenrigsministeriet har i denne sag foretaget et sagligt skøn uden at tilsidesætte rammerne herfor.

Ad påstand 4

TPA har gjort gældende, at de væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, der følger af påstand 1 og 3 såvel isoleret som samlet set skal føre til, at Udenrigsministeriets prækvalifikationsbeslutning annulleres.

Udenrigsministeriet har gjort gældende, at prækvalifikationsbeslutningen ikke er behæftet med sådanne retlige mangler, at der er grundlag for en annullation heraf.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

I den 65. indledende betragtning til forsvars- og sikkerhedsdirektivet hedder det bl.a.:

”...De ordregivende myndigheder eller ordregiverne kan eventuelt anmode ansøgerne/tilbudsgiverne om passende dokumentation og kan, når de er i tvivl om disse ansøgers/tilbudsgivers personlige forhold, anmode de kompetente myndigheder i den pågældende medlemsstat om samarbejde. Sådanne økonomiske aktører bør udelukkes, når den ordregivende myndighed eller ordregiveren har fået kendskab til en dom vedrørende sådanne strafbare handlinger, der er afsagt i overensstemmelse med gældende national lovgivning og er endelig og dermed retskraftig...”

Forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 39, stk. 3, er sålydende:

”De ordregivende myndigheder/ordregiverne godkender som tilstrækkeligt bevis for, at den økonomiske aktør ikke befinder sig i nogen af de i stk. 1 eller stk. 2, litra a), b), c), f) eller g), nævnte situationer [de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde]:

- a) i de i stk. 1 og i stk. 2, litra a), b) og c), nævnte tilfælde fremlæggelse af en straffeattest eller et tilsvarende dokument udstedt af en kompetent retslig eller administrativ myndighed i hjemlandet eller et senere opholdsland, hvoraf det fremgår, at disse krav er opfyldt

- b) i de i stk. 2, litra f) og g), nævnte tilfælde en attest udstedt af den kompetente myndighed i den pågældende medlemsstat.

Hvis dokumenter eller attester ikke udstedes af det pågældende land eller ikke dækker alle de i stk. 1 og i stk. 2, litra a), b) og c), nævnte tilfælde, kan de erstattes af en erklæring under ed eller, i de medlemsstater, hvor edsaflæggelse ikke anvendes, af en højtidelig erklæring, der af vedkommende afgives for en kompetent retslig eller administrativ myndighed, for en notar eller for en kompetent faglig organisation i hjemlandet eller et senere opholdsland.”

Af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 45 fremgår:

”Den ordregivende myndighed/ordregiveren kan anmode de økonomiske aktører om at supplere eller uddybe den i medfør af artikel 39-44 forelagte dokumentation.”

Det fremgår af EU-Domstolens praksis om den tilsvarende bestemmelse i artikel 51 i det tidligere direktiv 2004/18 af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, at bestemmelsen ikke giver en ordregivende myndighed mulighed for at tillade afhjælpning af undladelser, som i henhold til udbudsmaterialets udtrykkelige bestemmelser skal føre til udelukkelse af tilbudsgiveren, jf. dom af 28. februar 2018 i sag C-523/16 og C-536/16, MA.T.I. SUD SpA, præmis 49.

EU-Domstolen har endvidere i dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova A/S, præmis 42, udtalt, at ligebehandlingsprincippet ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet.

Klagenævnet bemærker, at Udenrigsministeriet i udbudsbekendtgørelsen om udelukkelsesgrunde i pkt. 5.1.6 har fastsat, at en ansøger vil blive udelukket fra deltagelse, såfremt ansøgeren er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i artikel 39, stk. 1, i forsvars- og sikkerhedsdirektivet, de frivillige

udelukkelsesgrunde i artikel 39, stk. 2, litra a), b), c), f), g), og h), i forsvars- og sikkerhedsdirektivet og den særlige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 134 a vedrørende etablering i et land, der er optaget på EU-listen over ikke-samarbejdsvillige skattejurisdiktioner. Det er dertil anført, at en ansøger i anmodningen om prækvalifikation skal afgive en tro og love-erklæring om, at ansøgeren ikke er omfattet af de nævnte udelukkelsesgrunde. Videre er det anført, at ved sammenslutninger af ansøgere (konsortier) skal hver deltager i sammenslutningen vedlægge en tro og love-erklæring. Hvis en ansøger baserer sig på andre virksomheders økonomiske og finansielle formåen (f.eks. enheder inden for samme koncern, herunder moder-, søster- eller datterselskaber), skal hver af disse enheder ligeledes vedlægge en tro og love-erklæring vedrørende udelukkelsesgrundene. Det fremgår også, at Udenrigsministeriet forbeholder sig ret til at indhente den i artikel 39, stk. 3, angivne dokumentation, såfremt der måtte være behov herfor.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 9 om udelukkelsesgrunde fremgår, at udbudsmaterialet indeholder en skabelon til tro og love-erklæring, der kan benyttes.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 10 om sanktioner mod Rusland og russiske interesser fremgår, at ansøgeren sammen med det endelige tilbud skal aflevere en tro og love-erklæring om, at virksomheden og tilbuddet ikke har russisk involvering, der overskrider grænserne i forordningen, og, såfremt denne erklæring ikke er vedlagt tilbuddet, kan Udenrigsministeriet give mulighed for eftersendelse inden for en kort tidsfrist. Det fremgår desuden, at ministeriet ikke er forpligtet hertil.

Det fremgår også af vejledningen til den vedlagte skabelon til tro og love-erklæring bl.a., at tro og love-erklæringen skal udfyldes af ansøger og vedlægges anmodningen om prækvalifikation, at ansøger opfordres til at læse udbudsbekendtgørelsen grundigt, og at det er ansøgers ansvar, at ansøgningen om prækvalifikation opfylder udbudsbekendtgørelsens krav.

I de afgivne anmodninger om prækvalifikation fra henholdsvis Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S var der ikke vedlagt tro og love-erklæringer vedrørende udelukkelsesgrundene. Udenrigsministeriet har, efter ansøgningsfristen udløb, indhentet tro og love-erklæringerne fra de pågældende ansøgere.

Klagenævnet finder, at det ikke fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at manglende indsendelse af tro og love-erklæring om udelukkelsesgrundene

medfører, at ansøgningen om prækvalifikation vil blive afvist. Dette understøttes af, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.6, at Udenrigsministeriet forbeholdt sig ret til at indhente den dokumentation, der er nævnt i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 39, stk. 3, såfremt der måtte være behov herfor. Der kan efter nævnets opfattelse ikke af udbudsbetingelsernes pkt. 10, hvorefter Udenrigsministeriet for så vidt angår tro og love-erklæring vedrørende EU-sanktioner mod Rusland og russiske interesser kan anmode om eftersendelse af en sådan, hvis denne ikke er vedlagt ansøgningen, sluttet modsætningsvist således, at en ansøgning skal afvises, hvis tro og love-erklæring vedrørende udelukkelsesgrundene ikke er vedlagt.

Efter de pågældende tro og love-erklæringers karakter finder klagenævnet endvidere, at det ikke er godtgjort, at fremsendelse af erklæringerne efter ansøgningsfristen konkret har medført, at Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S har opnået eller kunne opnå en konkurrencefordel, og at der derfor er tale om indgivelse af nye ansøgninger. Tro og love-erklæringerne om udelukkelsesgrundene vedrører efter det oplyste objektivt kontrollerbare oplysninger om virksomhedernes forhold og situation på ansøgningstidspunktet. Det forhold, at tro og love-erklæringerne blev indgivet nogle dage efter fristens udløb, ændrer ikke herved.

Det er således ikke påvist, at Udenrigsministeriet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at tage ansøgningerne fra Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S i betragtning og udvælge Atea A/S og Kemp & Lauritzen A/S til at afgive tilbud.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Udenrigsministeriet har i udbudsbekendtgørelsen fastsat følgende om referencer til ansøgningen om prækvalifikation:

”Ansøger skal vedlægge en liste over de betydeligste lignende leverancer (referencer) i forhold til den udbudte rammeaftale, som ansøger har udført i løbet af de sidste 5 år. Ordregiver ser gerne, at listen indeholder følgende oplysninger for hver reference: Oplysning om modtager Kontaktoplysninger for kontaktperson hos modtager, såfremt oplysningerne kan angives Starttidspunktet for udførelsen Sluttidspunktet for udførelsen

Omfanget og værdien af leverancen (sidstnævnte angivet i beløb) En klar og udførlig beskrivelse af leverancen (referencen), herunder gerne en angivelse af, hvilke dele af leverancen (referencen), der er sammenlignelige med de ydelser, der er omfattet af rammeaftalen samt evt. ansøgers deltagelse/rolle i forbindelse med udførelsen af leverancen

...

Kun leverancer (referencer) udført inden for de seneste 5 år beregnet fra ansøgningsfristen vil indgå i vurderingen af, hvilken ansøger der har dokumenteret de mest relevante tidligere leverancer. Bemærk, at hvis den pågældende leverance er udført/udføres løbende (f.eks. i henhold til en uafsluttet kontrakt), er det kun den del af ydelserne, der er udført inden for de seneste 5 år før ansøgningsfristens udløb, der indgår i vurderingen af leverancen (referencen). Hvis en del af ydelserne ikke er udført inden for de seneste 5 år eller inden ansøgningsfristen, vil denne del således ikke indgå i vurderingen af leverancen (referencen). Det er derfor vigtigt, at ansøger tydeligt angiver, hvilken del (f.eks. i forhold til størrelse, værdi, mængde, omfang osv.) af en løbende leverance (reference), der er udført inden for de seneste 5 år og inden ansøgningsfristen. Den referenceliste, som indeholdes i ESPD, anses for at være den endelige dokumentation for ansøgers referencer. Ansøger vil således ikke blive afkrævet yderligere dokumentation for teknisk og faglig kapacitet. Dog forbeholder ordregiver sig ret til at kontakte ansøger eller den i referencen angivne kunde med henblik på at få attesteret oplysningerne om referencen, herunder de for referencen angivne tidspunkter. Såfremt der modtages flere egnede anmodninger end det fastsatte antal, der vil blive opfordret til at deltage, vil ordregiver foretage udvælgelsen af det fastsatte antal ud fra et sagligt skøn, hvor der lægges vægt på den tekniske og faglige kapacitet ud fra de afgivne oplysninger, som beskrevet ved vurderingsgrundlaget nedenfor, hvor punkt 1) vægter højest: 1. De mest relevante referencer set i forhold til de ydelser, der omfattes af rammeaftalen. Det vurderes, i hvor høj grad referencerne tilsammen dokumenterer relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter. Der vil blive lagt særlig vægt på dokumenteret erfaring med gennemførelse af komplekse projekter, der indebærer rejseaktivitet af længere varighed.”

Det følger af fast praksis, at en ordregiver har et vidt skøn ved fastsættelsen af udvælgelseskriterier ved en prækvalifikation, ligesom ordregiver har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede der efter de fastsatte kriterier er bedst egnede og derfor skal prækvalificeres. Tilsvarende følger det af helt fast praksis, at klagenævnet alene kan tilsidesætte ordregiverens skønsmæssige vurdering af de enkelte ansøgninger, hvis skønnet er usagligt, hviler på et objektivt forkert grundlag, eller hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens skøn.

Det er klagenævnets vurdering, at Udenrigsministeriet i sin evaluering af ansøgningerne har vurderet ansøgningerne inden for rammerne af de i udbudsbekendtgørelsen anførte kriterier og inden for rammerne for ministeriets skøn. Klagenævnet har bl.a. lagt vægt på, at det i udbudsbekendtgørelsen om den kvalitative vurdering af ansøgernes referencer fremgik, at vurderingen ville blive foretaget ud fra, om referencerne "tilsammen dokumenterer relevant erfaring med sammenlignelige ydelser af sammenlignelig karakter", og at referencerne vurderes "i forhold til de ydelser, der omfattes af rammeaftalen". Der er efter en gennemgang af sagens oplysninger ikke påvist grundlag for at fastslå, at Udenrigsministeriet har inddraget usaglige hensyn, eller at ministeriet har overskredet den vide grænse, der gælder for ministeriets skøn. Det, TPA har anført, herunder om rejseaktivitet, sikkerhedsinstallationer og antal leverancekontrakter, kan ikke føre til en anden bedømmelse.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Idet påstand 1 og 3 ikke tages til følge, er der ikke grundlag for at tage påstand 4 til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

TPA solutions ApS skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 25.000 kr. i sagsomkostninger til Udenrigsministeriet.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Jarnit

William Lindsay-Poulsen

