

K E N D E L S E

Vestdavit A/S  
(advokat Jeppe Svenning, Aarhus)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse  
(advokat Niels Karl Heilskov Rytter, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 232-568651 af 28. november 2019 genudbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) som udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II en aftale om køb af 8 stk. FRB Kraner samt reservedelspakke til brug for Forsvarets Fast Rescue Boats. Værdien af aftalen var anslået til 24.000.000 kr.

FMI prækvalificerede virksomhederne Vestdavit A/S (herefter Vestdavit), Military Equipment Denmark A/S og A/S Oilpower Hydraulics, som herefter alle deltog i forhandlingsfasen og afgav i alt tre indledende tilbud (INDO 1, INDO 2 og INDO 3).

Den 14. oktober 2020 meddelte FMI på baggrund af de senest indkomne tilbud (INDO 3), at FMI havde til hensigt at tildele kontrakten til A/S Oilpower Hydraulics. Den 26. oktober 2020 indgav Vestdavit klage til Klagenævnet for Udbud, hvorefter FMI den 30. oktober 2020 meddelte tilbudsgiverne, at tildelingsbeslutningen på grund af fejl i evalueringen blev tilbagekaldt med henblik på genoptagelse af tilbudsevalueringen. Den 3. december 2020 meddelte FMI tilbudsgiverne, at alle tre afgivne tilbud var ukonditionsmæssige, og at den videre udbudsproces ville blive overvejet nærmere.

Den 8. december 2020 indgav Vestdavit på ny klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Vestdavit fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Vestdavit indgav den 10. december 2020 et korrigeret klageskrift, som herefter har dannet grundlag for klagesagens behandling. Den 11. december 2020 besluttede klagenævnet med henvisning til lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Vestdavit har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have afvist tilbuddet fra Vestdavit som ukonditionsmæssigt, uanset tilbuddet fra Vestdavit opfyldte mindstekravet, der var fastsat i udbudsmaterialet Anneks A id. nr. 3.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have afvist tilbuddet fra Vestdavit som ukonditionsmæssigt med henvisning til oplysninger om pumpekraft, uanset at der ikke i udbudsmaterialet var stillet mindstekrav til pumpekraft.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal annullere FMI's beslutning om at afvise Vestdavits tilbud.

FMI har vedrørende påstand 1 – 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

#### Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 28. november 2019 fremgår bl.a. følgende:

##### ”II.1.4) **Kort beskrivelse:**

Til brug for Forsvarets Fast Rescue Boat (FRB) ønsker FMI at anskaffe 8 stk. FRB Kraner (FRBK) samt initial reservedels

pakke. Kranerne skal anvendes på Forsvarets støtteskibe (ABSL-KL) og fregatter af (IVER-KL). Kranerne skal være top-hængt grundet begrænsede plads til montering, samt operativ anvendelse. FRBK skal opfylde SOLAS reglerne og godkendes af DNVGL. Idriftsættelse sker med kursus samt overlevering til besætningen, når kranerne er installeret via 3. part idet at Forsvaret/FMI forestår installationen via Forsvarets/FMI's øvrige aftaler. FRBK skal være godkendt til VLL. 8. tons samt egnede til operativ anvendelse i alt slags vejr. Levering af FRBK samt dertilhørende reservedels pakke, vil formentlig finde sted i Q2, i år 2021. Levering tidligere imødekommes. Test, undervisning mv. vil finde sted frem til år 2024, da installation via øvrige aftaler sker løbende. Tidsplan for test og undervisning er tentativ. Besigtigelse og informationsmøde vil formentlig være muligt.

...  
 IV.2.4) **Sprog, der må benyttes ved afgivelse af tilbud eller ansøgninger om deltagelse:**

Dansk

...  
 VI.3) **Yderligere oplysninger:**

...  
 Vedrørende pkt. IV.2.4: Ansøgningen om deltagelse samt det efterfølgende tilbud skal være på det sprog, der fremgår af pkt. IV.2.4. Det vil i forbindelse med de efterfølgende forhandlinger være muligt at gennemføre forhandlingerne på enten dansk eller engelsk. Ligeledes vil den potentielle besigtigelse og eller informationsmøde også kunne gennemføres på enten dansk eller engelsk. Ordregiver skal i den forbindelse gøre opmærksom på, at spørgsmål/svar (Q/A) vil blive oversat til dansk og svaret på dansk, såfremt de indkommende spørgsmål er på engelsk. Indkommende spørgsmål som indgives på dansk vil ikke blive oversat til engelsk, og derfor alene blive svaret på dansk.”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

**”5.2 Beskrivelse af det indledende tilbud (INDO 2)**

...

**Vedr. B) Udfyldte Appendikser**

Tilbudsgiver skal udfylde følgende Appendikser i forbindelse med tilbudsafgivelsen:

- Appendiks A Kravspecifikation

...

Før Appendikserne udfyldes, bør tilbudsgiver grundigt sætte sig ind i de vejledende tekstafsnit til de enkelte udkast til Appendikser og udarbejde det pågældende Appendiks under hensyntagen til de deri anførte forudsætninger og betingelser.

...

Tilbudsgiver gøres udtrykkeligt opmærksom på, at FMI forbeholder sig ret til at betragte det indledendetilbud (INDO 2) som et endeligt tilbud (BAFO) samt at afslutte udbudsforretningen og tildele kontrakten på grundlag af det indledendetilbud (INDO 2), dvs. uden at indgå forhandlinger.

Det indledende tilbud bør være i fuld overensstemmelse med udbudsmaterialet og overholde alle Mindstekrav, jf. punkt 8.1. Det bør derfor som udgangspunkt være muligt at indgå Kontrakten med tilbudsgiver på grund af det indledende tilbud (INDO 2).

Tilbuddet skal være på de(t) sprog, der fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.2.4 og VI.3 og bør underskrives, før det afgives.

...

## **6.2 Referat og feedback**

FMI udarbejder et kort referat af alle møder, som tilbudsgiver vil modtage kopi af. Referaterne vil ikke blive offentliggjort, og det enkelte referat vil derfor kun blive sendt til den pågældende tilbudsgiver, der har deltaget i forhandlingsmødet.

Er der på et møde behandlet spørgsmål af generel karakter, vil besvarelsen af sådanne spørgsmål dog blive udsendt til alle tilbudsgivere.

Referatet har ingen selvstændig juridisk betydning for tilbuddene (INDO eller BAFO), idet disse skal baseres udelukkende på udbudsmaterialet for det pågældende tilbud.

For at undgå unødigt anvendelse af tilbudsgivernes ressourcer vil FMI oplyse hver enkelt tilbudsgiver ved forhandlingerne og i referatet, om der er fundet forbehold i den pågældende tilbudsgivers tilbud, herunder især vedrørende Mindstekrav. Dog kan det ikke tages som en bekræftelse på, at der ikke er sådanne forbehold, hvis FMI undlader at give oplysninger herom. Det er udelukkende tilbudsgivers ansvar, at det endelige tilbud (BAFO) opfylder alle Mindstekrav.

...

## **8. KRAV OG FORBEHOLD**

Kravene i udbudsmaterialet er opdelt i to kategorier: Mindstekrav og Forhandlingskrav som yderligere specificeret i punkt 8.1 og 8.2 nedenfor.

### **8.1. Mindstekrav**

Udbudsmaterialet indeholder en række Mindstekrav (markeret med et "M" i kravspecifikationen Anneks A). Ved et Mindstekrav forstås et krav, der ubetinget skal opfyldes/overholdes, idet fravigelser fra kravet ikke accepteres.

Det indledende tilbud (INDO 2) bør opfylde alle Mindstekrav. Manglende opfyldelse af Mindstekrav i det indledende tilbud (INDO 2) kan føre til afvisning af tilbuddet, hvis FMI ikke finder det muligt at ændre det indledende tilbud (INDO 2) på grund af arten og beskaffenheden af den manglende opfyldelse, eller hvis den manglende opfyldelse af Mindstekravet reelt ville medføre en risiko for, at der ikke ville ske ligebehandling af tilbudsgiverne i de efterfølgende forhandlinger. Tilbudsgiverne opfordres derfor til ikke at tage forbehold for Mindstekrav i det indledende tilbud (INDO 2).

Der kan derfor ikke ske forhandling af Mindstekrav og grundlæggende elementer.

Det endelige tilbud (BAFO) skal opfylde alle Mindstekrav. Endelige tilbud (BAFO), der ikke overholder samtlige Mindstekrav, betragtes som ukonditionsmæssige og vil ikke blive taget i betragtning, idet der dog henvises til punkt 9 og principperne i udbudslovens § 159, stk. 5.

### **8.2 Forhandlingskrav**

Udbudsmaterialet indeholder en række Forhandlingskrav (markeret med et "K" i kravspecifikationen Anneks A).

Der kan ske forhandling af Forhandlingskrav, og disse kan blive ændret af FMI under forhandlingsprocessen. FMI kan f.eks. ændre indholdet af et Forhandlingskrav eller trække Forhandlingskravet tilbage under forhandlingsprocessen og/eller i det reviderede udbudsmateriale.

Tilbudsgiverne bør opfylde alle Forhandlingskrav i det indledende tilbud (INDO 2). Indledende tilbud (INDO 2), der ikke overholder samtlige Forhandlingskrav, vil imidlertid ikke blive betragtet som ukonditionsmæssige og vil derfor fortsat være en del af forhandlingsprocessen, medmindre FMI benytter muligheden for at anse INDO 2 som BAFO, jf. Pkt. 5.2 litra B.

Tilbudsgiver skal opfylde alle Forhandlingskrav i det endelige tilbud (BAFO). Endelige tilbud (BAFO), der ikke overholder samtlige Forhandlingskrav ("ukonditionsmæssige tilbud"), vil ikke blive taget i betragtning, idet der dog henvises til punkt 9 og principperne i udbudslovens § 159, stk. 5.

### **8.3 Kategorisering af udbudsmaterialet og forbehold**

Vedr. Kontrakten (udkast) og Appendikserne A - L

Kontrakten og de dertilhørende Appendikserne er Forhandlingskrav i deres helhed.

Tilbudsgiver bør ikke tage forbehold i det indledende tilbud (INDO 2) for bestemmelser i Kontrakten samt dertilhørende Appendikser. Det indledende tilbud (INDO 2) skal derfor udarbejdes på baggrund af vedlagte Kontrakt og Appendikserne. Såfremt tilbudsgiver konstaterer krav eller kontraktbestemmelser osv., som tilbudsgiver finder uacceptable eller som væsentlige risikofaktorer eller cost drivers, bør tilbudsgiver opliste disse krav / bestemmelser i den i bilag 2 til dette formål udarbejdede skabelon: "Tilbudsgivers angivelse af risikofaktorer, cost drivers osv".

Tilbudsgiveren kan i det endelige tilbud (BAFO) ikke tage forebehold over for bestemmelserne i Kontrakten og de dertilhørende Anneks."

Af kravspecifikationen, der var betegnet som Anneks A, fremgår bl.a.:

#### **"2. Generelt**

##### **Baggrund**

Søværnets skibe i ABSL- og IVER klassen skal i forbindelse med indføring af nye FRB have øget løftekapaciteten i skibene. Det er derfor hensigten, at de eksisterende davider skal udskiftes med nye FRB-kraner. FMI ønsker derfor at anskaffe nye FRB-kraner til udsætning af FRB på henholdsvis 2 fregater af IVER-klassen og 2 støtteskibe af ABSL-klassen. Der skal i alt anskaffes 8 FRB-kraner fordelt med 2 FRB-kraner på hvert skib – én i hhv. SB og BB side af skibet.

Installation af kranerne vil ske via forsvarets øverige aftaler, hvorfor dette udbud og nærværende anskaffelse ikke indeholder installering af selve kranen, idet at installation foretages af 3 part.

Installation af kranerne vil forventeligt ske i sæt/par, af to (2) stk. kraner pr. skib. Skibene vil løbende i forbindelse med planlagt eftersyn blive kaldt på værft hen over de næste 2 - 4 år, hvorefter selve kranerne vil blive installeret. Leverandøren er forpligtet til at vedlægge tegninger, installationsvejledninger inklusiv leverandørens tilsynsplan (milestones)

mv. samt at bistå 3 part i råd og vejledning i forbindelse med installation/montage af kranerne. Øvrige krav til tegninger, mødeplaner i forbindelse med integration i mellem kran og skib, følger kontrakten og de dertilhørende anneks.

...

### Mål

FRB-kranen skal kunne udsætte og ombordtage almindelige fartøjer, gummibåde, M.O.R. og FRB. Derudover skal FRB-kranen kunne servicere området omkring FRB, løfte grej, stores, indenbordsmotorer og påhængsmotorer på og af fartøjer og FRB når de er stuvet på dækket i deres opbevaringsvugger.

FRB-kranen må ikke optage plads på dækket i hangaren. FRB-kranen skal være udført som en drejelig teleskopkran, monteret under dækket over FRB hangarens dæk.

...

### Kravtyper

De følgende kategorier gælder for rubrikken "Kravtype" i denne tekniske specifikation. Alle krav er klassificeret som enten "Mindstekrav" markeret med et "M", eller "Forhandlingskrav "K".

Kravtype	Beskrivelse
M	"Mindstekrav" skal opfyldes af tilbudsgiver. Hvis et M-krav ikke er opfyldt i BAFO, vil tilbuddet blive betragtet som værende ukonditionsmæssigt og ikke blive medtaget i evalueringen.
K	"Forhandlingskrav" kan forhandles og ændres af FMI undervejs i udbudsprocessen. Tilbudsgiveren skal opfylde alle forhandlingskrav i BAFO. Hvis forhandlingskravene ikke er opfyldt, kan det medføre afvisning af BAFO.

### Dokumentation

De følgende kategorier er gældende for rubrikken "Dokumentation" i skemaet nedenfor. Rubrikken angiver hvordan leverandøren i rubrikken "krav opfyldelse" skal dokumentere, hvordan de forslåede komponenter, eller en given service opfylder et givent krav.

Dokumentation	Beskrivelse
(J/N)	Tilbudsgiver skal svare med J (ja) eller N (nej) om kravet er opfyldt i rubrikken "Krav opfyldes". Der kan om nødvendigt tilføjes kommentarer i rubrikken "Leverandørens beskrivelser".  Bemærk at hvis der svares "Nej" til "M" krav i BAFO, betragtes tilbuddet som værende ukonditionsmæssig.
C	Besvarelsen skal understøttes af gyldigt certifikat, som vedlægges.
DC	Besvarelsen skal understøttes af relevant dokumentation, som vedlægges.
DS	Besvarelsen skal understøttes af en beskrivelse.

...

#### 4. Kravspecifikationen

Denne specifikation beskriver konstruktionskrav samt krav til design og bygning af nye FRB-kraner.

Følgende krav stilles til FRB-kranen, HPU og tilhørende udstyr for løftearrangementet.

...

Id. nr.	Titel	Kravbeskrivelse	Kravtype	Dokumentation	Supplerende information	Kravopfyldelse (J/N)	Leverandørens beskrivelse
...							
3	FRB-kran	FRB-kranerne og tilhørende udstyr må ikke optage plads på dækket i hangaren.	M	J/N			
...							
6	FRB-kran	VLL for FRB-kranen skal være min. 8000 kg.	K	J/N			
...							
8	FRB-kran	FRB-kranen skal kunne håndtere, ombordtage og udsætte FRB.	M	J/N, DC	Vedlæg tegning med oplysninger om max. løftehøjde, højde af krog over dæk når kran er installeret, samt skitse af kran installeret med fundament.		



...							
10	FRB-kran	Hastighed på FRB-kranens spil skal kunne reguleres trinløst til hastigheder mellem 0 og 60 m/min.	M	J/N			
11	FRB-kran	FRB-kranen skal have et udlæg på min. 6950 mm.	M	J/N, DC	Vedlæg skitse af FRB kran.		
12	FRB-kran	FRB-kranen skal bygges med 2 hydrauliske udskud.	M	J/N, DC	Vedlæg skitse af FRB kran.		
13	FRB-kran	FRB-kranen skal kunne dreje/krøje min. 120 grader	M	J/N, DC	Vedlæg skitse af FRB kran.		
...							
48	HPU	HPU skal bestå af en el-motor, som driver en hydraulikpumpe.	M	J/N, DC	Fremsend skitse og data for HPU		
...							
59	HPU	HPU SB side, skal kunne være 100 % redundant for FRB-kran i BB side.	M	J/N, DC	Fremsend skitse af hydraulikdiagram		
60	HPU	HPU BB side skal kunne være 100 % redundant for FRB-kran SB side.	M	J/N, DC	Fremsend skitse af hydraulikdiagram		
61	Hydr. lagret energi	Nødkøring af FRB-kran skal foregå ved hjælp af hydraulisk lagret energi.	M	J/N, DC	Beskriv funktion af system		
...							
66	Hydr. lagret energi	Alle Nitrogen flasker skal kunne oplades automatisk via HPU-unit.	K	J/N, DS	Beskriv funktion af opladersystem		

”

Som underbilag til kravspecifikationen var vedlagt tegninger over de to skibsklasser (General arrangements), som udbuddet vedrørte.

Under udbudsprocessen besvarede FMI en række spørgsmål om udbuddet. Af et referat af 8. januar 2020 fremgår bl.a.:

”

Nr.	Spørgsmål	Svar
...		
11	Må tegninger og bilag indleveres på andet sprog end dansk?	FMI skal venligst oplyse, at sproget for nærværende udbud alene er Dansk, hvilket fremgår af Udbudsbekendtgørelsens afsnit IV.2.4

”

Den 23. juni 2020 afholdt FMI et forhandlingsmøde med Vestdavit. Af referatet fra mødet fremgår bl.a.:

## ”2. Kort introduktion til forhandlingerne

Disse forhandlinger skal ikke betragtes som et egentligt forhandlingsmøde, med henblik på at finde et fælles aftalegrundlag, men skal mere ses som en mulighed for dialog, hvor tilbudsgiverne har mulighed for at kommentere på FMI’s krav og udbudsmateriale, med henblik på at gøre FMI opmærksom på uklarheder, uhensigtsmæssigheder og unødige cost drivere.

Samtidig har FMI mulighed for at klargøre og præcisere forståelsen af krav og udbudsmaterialet overfor tilbudsgiverne, samt mulighed for at kommentere på de modtagne tilbud og give feedback til tilbudsgiverne og udveksle synspunkter omkring tilbud og udbudsmateriale.

FMI vil derfor opfordre tilbudsgiverne til at rejse eventuelle bekymringer og synspunkter, som kan være med til at optimere udbuddet og de afsluttende INDO2/BAFO-tilbud.

Forhandlingerne vil dog til en hver tid ske under overholdelse af udbudsretten, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

FMI vil derfor på mødet ikke kunne acceptere forslag til ændringer i udbudsmaterialet, da dette vil blive meldt ud til alle tilbudsgivere samtidigt i forbindelse med INDO2/BAFO. FMI vil heller ikke acceptere/godkende konkrete løsningsforslag fra tilbudsgiver, da disse vil kunne ændres sig efter opdatering af INDO2/BAFO-materialet.

...

## 8. Juridiske og kommercielle bemærkninger

Bilag og Id.nr.	FMI’s bemærkninger	Mødereferat
-----------------------	--------------------	-------------

<p>Anneks A id.nr. 57</p>	<p>Der er krav om DC i form af "Fremsend skitse og data for fleksible chok".</p>	<p>Tilbudsgiver har svaret 'Ja' til opfyldelse af kravet, men angivet at "<i>Fleksible choks er vist i hoved GA, men vi har endnu ikke modtaget et datablad fra vores leverandør. Vi videresender, når vi modtager det</i>".</p> <p>Dokumentationskravet er dermed ikke opfyldt. Bemærk at FMI ikke har specifikke krav til datablad eller hvordan data i øvrigt dokumenteres.</p>
-----------------------------------	--	--

”

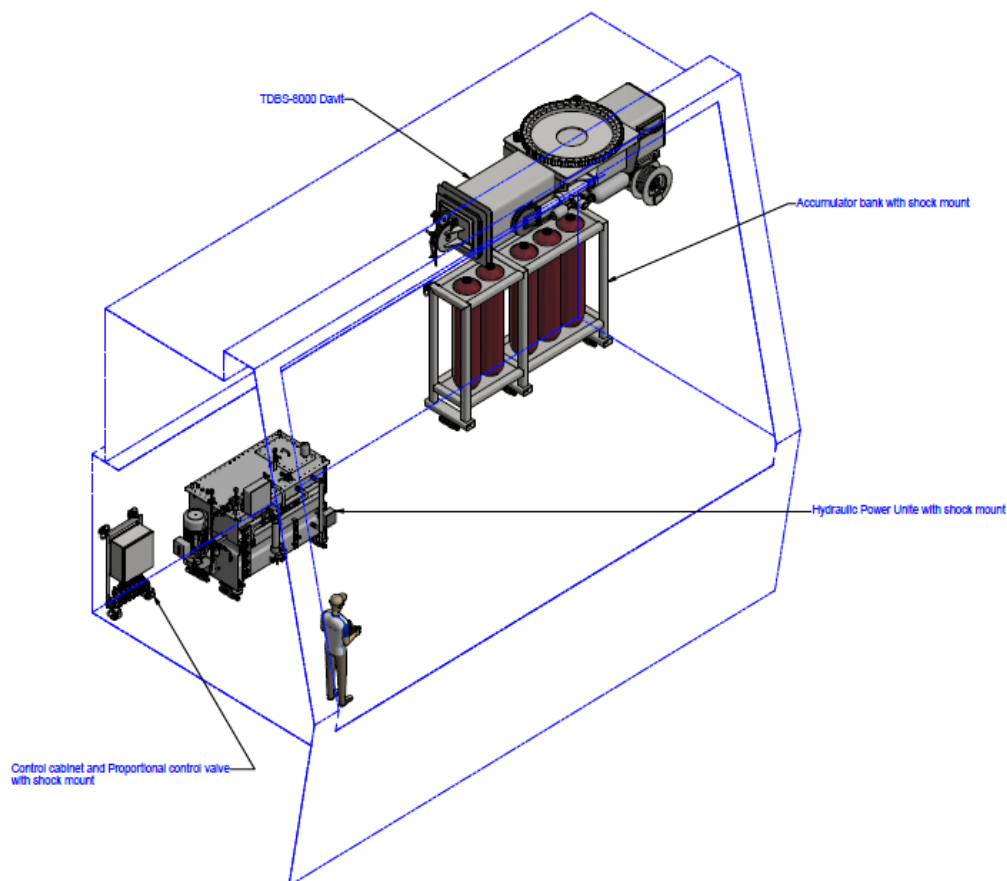
Af Vestdavit's tilbudsbrief fremgår bl.a.:

”HPU

Vestdavit anvender et gennemprøvet hydrauliksystem. Tanken dimensioneres og fremstilles til hvert enkelt projekt, så der tages højde for de individuelle behov, som vores kunder har til plads og montering.”

Ved afgivelsen af sit tredje indledende tilbud (INDO 3) den 21. september 2020 havde Vestdavit i kravspecifikationens kolonne ”Kravopfyldelse (J/N)” anført ”Ja” ved alle krav. I kolonnen ”Leverandørens beskrivelse” var der ved id. nr. 3 ikke anført bemærkninger, men ved bl.a. id. nr. 8, 11, 12 og 13 havde Vestdavit henvist til en vedhæftet tegning (VD107527), hvoraf fremgår bl.a.:

”



”

I besvarelsen til kravspecifikationens id.nr. 66 havde Vestdavit anført bl.a., at ”PLS-systemet bruger tryktransmittere på akkumulatorene til at overvåge det faktiske tryk i akkumulatorene. Hvis trykket falder lavere end referenceværdien, starter en 22 kW ladepumpe i HPU for at oplade akkumulatorene igen op til det ønskede tryk”. I en engelsksproget ”Specification for Hydraulic Power Unit”, der var vedlagt som dokumentation til besvarelsen af id. nr. 48, var angivet to pumper med motorkraft på henholdsvis 153 kW og 22 kW, mens der i en ligeledes engelsksproget ”Hydraulic Overview Drawing”, som var vedlagt besvarelsen af id. nr. 59, 60 og 61, var angivet en motorkraft for pumperne på henholdsvis 128 kW og 21 kW. Ud over disse to bilag indeholdt Vestdavits tilbud desuden flere andre bilag, der var affattet på engelsk, og som skulle dokumentere opfyldelsen af forskellige andre krav i Anneks A.

Efter FMI den 30. oktober 2020 havde genoptaget evalueringsprocessen, meddelte FMI den 3. december 2020, at de tre modtagne tilbud var ukonditionsmæssige. FMI anførte i den forbindelse om Vestdavits tilbud:

**”FMI’s bemærkninger til jeres INDO 3**

Tilbuddet er samlet set vurderet ukonditionsmæssigt grundet følgende fejl:

Anneks A kravspecifikation

- Id.nr. 3 er et mindstekrav om at de tilbudte kraner og tilhørende udstyr ikke må optageplads på dækkes i hangaren. Jf. Vestdavit's fremsendte tegning (bilagsnavn: VD107527) optager HPU, flasker samt styreboks plads på dækket i strid med id.nr. 3  
...
- I det vedlagte bilag Specification for Hydraulic Power Unit (Bilagsnavn: 88443-002\_Specification\_English\_R01\_VDrev.01) er der angivet 2 pumper, en pumpe på 153 kW og en pumpe på 22 kW. På hydraulik tegningen (Bilagsnavn: A-15720\_Hydraulic Overview Drawing\_revP1) er der dog angivet en anderledes størrelse på pumperne (128 kW og 21 kW), mens der id.nr. 66 i Anneks A er angivet 22 kW. Der er således uklarhed om hvilken pumpekraft Vestdavit tilbyder.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Vestdavit har gjort gældende, at virksomhedens tilbud var konditionsmæssigt for så vidt angår kravet i Anneks A id. nr. 3 om, at FRB-kranen og tilhørende udstyr ikke må optage plads på dækket i hangaren, og at deres tegning VD107527 af kranen og dens dele ikke udgjorde et forbehold over for dette krav.

Vestdavit har til støtte herfor anført, at der ifølge angivelsen i Anneks A var tale om et mindstekrav, som tilbudsgiverne alene skulle svare ”ja” eller ”nej” til, og at der ikke i Anneks A eller i udbudsmaterialet i øvrigt var stillet krav om, at tilbudsgiverne på en tegning skulle angive, hvor HPU, nitrogenflasker og styreboks til kranen skulle placeres på skibet. Der var endvidere ikke i udbudsmaterialet udleveret målbare plantegninger over skibene, og tilbudsgiverne var derfor ikke forpligtede til at angive, hvor HPU, flasker og styreboks skulle placeres endeligt. Baggrunden for udbudsmaterialets mindstekrav i Anneks A id. nr. 3 var, at der på dækket kun er plads til FRB'en og intet andet, hvorfor tilbudsgiverne skulle oplyse, hvorvidt kranens dele ville optage plads på dækket. Vestdavit havde i sit tilbud svaret ”ja” til, at mind-

stekravet i udbudsmaterialets Anneks A id. nr. 3 var opfyldt, og at FRB-kranen og tilhørende udstyr således ikke ville optage plads på dækket i hangaren. Tilbuddet var derved konditionsmæssigt.

Der var i Vestdavit's tilbud under "Leverandørens beskrivelse" til Anneks A id. nr. 3 ikke henvist til tegningen VD107527, og Vestdavit henviste alene til tegningen under mindstekravene i Anneks A id. nr. 8, 11, 12 og 13, idet tegningen indeholdt oplysninger om disse punkter. Der var derudover henvist til tegningen i Anneks A id. nr. 57, 64 og 65 for at illustrere, at nitrogenflaskerne var monteret fleksibelt på choks. Tegningen VD107527 var en illustration af kranen og de dele, den ville blive leveret med, og det var således ikke en målbar tegning, som angav indvendige eller udvendige dæk, eller den endelige placering af kran, HPU, styreboks eller flasker.

I klagenævnets kendelse af 14. december 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Beredskabsstyrelsen, som FMI har henvist til, var der – i modsætning til nærværende sag – et mindstekrav, hvorefter tilbudsgiveren skulle udarbejde og vedlægge chassisspecifikation og chassistegninger eller tilsvarende beskrivende materiale. Tilbuddets angivelse af, at tegningerne og specifikationerne kun var vejledende, og at ændringer kunne forekomme, udgjorde derfor et klart forbehold over for det beskrevne mindstekrav.

Vestdavit har endvidere anført, at det i virksomhedens tilbud blev præciseret vedrørende HPU'en, at "Vestdavit anvender et gennemprøvet hydrauliksystem", og at "Tanken dimensioneres og fremstilles til hver enkelt projekt, så der tages højde for de individuelle behov, som vores kunder har til plads og montering". Dette udgør ikke – som anført af FMI – generelle "salgsbemærkninger", som er vage og ukonkrete. Det anførte er derimod udtryk for en sædvanlig tilpasning, hvor der tages højde for individuelle behov, herunder forskelle på skibene og på styr- og bagbord.

Vestdavit har endelig anført, at det ikke er den vindende tilbudsgiver, som ved installeringen skal stå for den endelige placering af kranen og det tilhørende udstyr. Der var ikke i kravsspecifikationen stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle angive, hvor kranens dele skulle placeres, hvorimod det fremgår, at installering af kranerne ville ske via Forsvarets øvrige aftaler. Vestdavit har som tilbudsgiver derfor kun ansvaret for kranens design og dimensionering, men ikke tillige ansvaret for "placeringen af kranernes dele". Ud-

buddet omfattede således ikke installering af kranen, og derfor blev tilbudsgiverne ikke anmodet om at angive en placering af kranens enkelte dele, idet dette først kan fastlægges af FMI og tredjemand, når installeringen foretages. Ved levering af kraner/davider er det endvidere sædvanligt, at det på en tegning illustreres, hvad der omfattes af leverancen, herunder kran, HPU, styreboks, flasker mv., men tilbuddet omfattede derimod ikke en målfast General Arrangements tegning.

FMI har gjort gældende, at det var berettiget at erklære Vestdavit's tilbud for ukonditionsmæssigt, fordi Vestdavit's tegning VD107527 viste at HPU'en, nitrogenflaskerne og kontrolskabet optog plads på dækket, hvilket skabte tvivl om, hvorvidt den tilbudte kran var dimensioneret på en sådan måde, at den opfyldte mindstekravet i Annex A id. nr. 3 om, at FRB-kranen og tilhørende udstyr ikke må optage plads på dækket i hangaren.

FMI har til støtte herfor anført, at selv om Vestdavit i sit tilbud svarede "Ja" vedrørende opfyldelse af kravet i Annex A id. nr. 3, og selv om det ikke var påkrævet, at tilbuddet indeholdt nærmere dokumentation for kravets opfyldelse, valgte Vestdavit at indsende tegninger, som illustrerede en udformning af kranen, som stred mod mindstekravet.

Det fremgår af klagenævnets praksis, at det forhold, at en tilbudsgiver klart tilkendegiver, at et bestemt mindstekrav er opfyldt, ikke udelukker, at tilbuddet kan – og skal – erklæres ukonditionsmæssigt, hvis der er andre dele i tilbuddet, der sår tvivl om, hvorvidt det pågældende krav er opfyldt, se fx kendelse af 31. januar 2014, Avaleo Aps mod Vejle Kommune, og kendelse af 27. august 2018, Saab Dynamics AB mod FMI. Ligeledes følger det af fast klagenævnspraksis, at risikoen for uklarheder i tilbuddet påhviler tilbudsgiveren, se fx kendelse af 13. december 2017, IP-Only Qbrick ApS mod Folketinget. Der er betydelige lighedspunkter med en af problemstillingerne i klagenævnets kendelse af 14. december 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Beredskabsstyrelsen, hvor den vindende tilbudsgiver – som foreskrevet i udbudsmaterialet – havde fremlagt tegninger over de lastbilchassiser, der blev tilbudt. Tilbudsgiveren havde supplerende angivet, at tegningerne kun var vejledende, og at ændringer kunne forekomme. Det fremgik af tegningerne, at tilkøringsvinklen på forskellige chassiser var på henholdsvis 11 og 12 grader. Udbudsmaterialet indeholdt et mindstekrav om opfyldelse af en specifik standard, hvorefter tilkøringsvinklen skulle være 13 grader.

Der var ikke krævet dokumentation for opfyldelse af standarden, og tilbudsgiverne skulle således blot angive, om kravet var opfyldt eller ej. Tilbudsgiveren havde besvaret det pågældende mindstekrav bekræftende. Klagenævnet fandt desuagtet, at der på baggrund af oplysningerne i den vedlagte tegning var taget forbehold for mindstekravet, hvorfor tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

FMI har endvidere anført, at selv om installeringen af kranen skal udføres af tredjemand og således ikke er en del af leverancen, betyder det ikke, at Vestdavit kan fralægge sig ansvaret for dimensioneringen af kranerne, herunder placeringen af kranernes dele. Dette må anses for en naturlig del af kranens design og dimensionering, idet placeringen af kranens dele kan påvirke funktionaliteten af det samlede system. Hvis FMI havde ønsket en ubetinget og egenhændig ret til frit at kunne placere kranens dele, ville det have været oplagt at tydeliggøre dette i kontrakten, og i så fald ville mindstekravet i Annex A id. nr. 3 have været overflødigt.

Det fremgår endvidere klart af kravsspecifikationen, at leverandøren som en del af leverancen skal levere tegninger og installationsvejledninger samt vejlede tredjemand i forbindelse med dennes installering af kranerne. Det er således leverandøren, der har ansvaret for at sikre, at kranen er designet og dimensioneret i overensstemmelse med kravene i kravsspecifikationen, herunder mindstekravet i Annex A id. nr. 3, ligesom tredjemands installering af kranen skal ske efter leverandørens anvisninger. Af denne grund indeholdt udbudsmaterialet tegninger over skibene, ligesom tilbudsgiverne blev givet mulighed for at deltage i en skibsbesigtigelse under udbuddet. Tredjemand vil ikke i forbindelse med installeringen af kranen have mulighed for at fravige designet eller dimensionerne, allerede fordi vedkommende ikke har de tekniske forudsætninger herfor.

Dertil kommer, at skibenes indretning i vidt omfang er bestemmende for, hvor kranens dele kan placeres, og at installeringen i praksis vil ske i et samarbejde mellem leverandøren, FMI og den tredjemand, der står for udførelsen. Selv om FMI således vil have en vis indflydelse på placeringen af kranens dele, skal installeringen stadig ske i overensstemmelse med leverandørens tegninger og anvisninger. At placeringen af HPU'en blev drøftet under skibsbesigtigelsen skal netop ses i lyset af, at skibenes indretning er bestemmende for placeringen.



FMI har endelig anført, at bemærkningerne i Vestdavits tilbud om HPU'en, hvoraf fremgår at "Vestdavit anvender et gennemprøvet hydrauliksystem", og at "Tanken dimensioneres og fremstilles til hver enkelt projekt, så der tages højde for de individuelle behov, som vores kunder har til plads og montering", må opfattes som generelle salgsbemærkninger – navnlig henset til formuleringerne "hvert enkelt projekt" og "vores kunder". Dertil kommer, at bemærkningerne alene vedrørte HPU'en og ikke kontrolskabet og nitrogenflaskerne, som på Vestdavits tegning VD107527 var placeret på dækket i strid med kravet i Annex A id. nr. 3. Tilsvarende bemærkninger findes således ikke i tilbudsbrevets afsnit om "Nødstrømfunktion/nødstrømforsyning (UPS)", som vedrører nitrogenflaskerne.

Det forhold, at tegningen VD107527 havde til formål at dokumentere opfyldelsen af andre krav end mindstekravet i Annex A id. nr. 3, gør ikke, at FMI kunne se bort fra tegningen ved vurderingen af dette kravs opfyldelse, og tegningen efterlod således en sådan tvivl om, hvorvidt den tilbudte løsning opfyldte kravet i Annex A id. nr. 3, at FMI var berettiget til at anse Vestdavits tilbud som ukonditionsmæssigt, jf. også klagenævnets kendelse af 12. september 2018, Selex ES Inc. mod FMI, og kendelse af 5. januar 2016, Multi-line A/S mod Aarhus Universitet.

### Ad påstand 2

Vestdavit har gjort gældende, at virksomhedens tilbud var konditionsmæssigt for så vidt angår pumpekraft, idet tilbuddet ikke fraveg udbudsbetingelserne eller indeholdt et forbehold over for kravene heri.

Vestdavit har til støtte herfor anført, at der ikke i udbudsmaterialet var opstillet et mindstekrav eller krav i øvrigt til pumpekraft. Der var således ikke i udbudsbetingelserne stillet krav om, at tilbuddet skulle indeholde oplysninger om pumpekraft. Selv om pumpekraften har betydning for kranens ydeevne, opfylder Vestdavits tilbud derfor mindstekravene i Annex A id. nr. 6 og 10.

FMI har gjort gældende, at det var berettiget at erklære Vestdavits tilbud for ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet indeholdt divergerende oplysninger om, hvilken pumpekraft den tilbudte HPU havde.

FMI har til støtte herfor henvist til, at der i ét bilag var angivet pumpestørrelser på 153 kW og 22 kW, mens der i et andet bilag var angivet størrelser på 128 kW og 21 kW. Desuden var der i Vestdavits besvarelse i Annex A id. nr. 66 angivet en pumpekraft på 22 kW. FMI har i den anledning anført, at selv om kravspecifikationen ikke indeholdt specifikke krav til pumpekraften, er pumpekraften af afgørende betydning for kranens ydeevne, herunder opfyldelsen af mindstekravene i fx Annex A id. nr. 6 om løfteevne og id. nr. 10 om hastighed. Uoverensstemmelserne skabte derfor en uacceptabel usikkerhed i forhold til opfyldelsen af disse krav.

### Ad påstand 3

Vestdavit har gjort gældende, at FMI har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, og at dette har haft afgørende betydning for resultatet af udbuddet, hvor Vestdavit skulle have været tildelt kontrakten.

Vestdavit har endvidere gjort gældende, at virksomhedens tilbud ikke var ukonditionsmæssigt som følge af manglende overholdelse af et sprogkrav.

Vestdavit har til støtte herfor anført, at Vestdavits ansøgning og tilbud blev indleveret på dansk, og at det alene var et datablad og enkelte tegninger, som indeholdt engelsk tekst. Det fremgår imidlertid af referatet fra dialogmødet den 23. juni 2020, at FMI ikke stillede specifikke krav til datablade, ligesom FMI på mødet bekræftede, at sprogkravet ikke omfattede sådanne. FMI erklærede således heller ikke Vestdavits tilbud for ukonditionsmæssigt på dette punkt, hverken ved indlevering af INDO 2 eller INDO 3.

Det følger af klagenævnets praksis, at kravet om affattelse af tilbud på et bestemt sprog som udgangspunkt ikke anses for et mindstekrav eller et grundlæggende element for samtlige dele af tilbuddet, jf. klagenævnets kendelser af 6. april 2018, Medicotrust mod Region Sjælland, 12. august 2013, Medtronic Danmark A/S mod Region Midtjylland, og 14. april 2011, Axiell Bibliotek A/S mod Aalborg Kommune, Aalborg Bibliotekerne.

FMI har gjort gældende, at det var berettiget at anse Vestdavits tilbud for ukonditionsmæssigt som følge af de forhold, der er omfattet af påstand 1 og 2. Der var tale om uafhængige forhold, der således hver især kunne begrunde, at FMI erklærede tilbuddet ukonditionsmæssigt.

FMI har endvidere gjort gældende, at Vestdavits tilbud under alle omstændigheder var ukonditionsmæssigt på grund af manglende overholdelse af udbuddets sprogkrav.

FMI har til støtte herfor anført, at det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at tilbud skulle udarbejdes på dansk, ligesom det under udbudsprocessen blev understreget ved FMIS' besvarelse af spørgsmål nr. 11, at heller ikke "tegninger og bilag" måtte indleveres på andre sprog end dansk. En lang række af de tegninger og andre dokumenter, som indgik i Vestdavits tilbud, overholdt ikke dette sprogkrav, og tilbuddet var således også af denne grund ukonditionsmæssigt.

Selv om FMI på forhandlingsmødet den 23. juni 2020 gav udtryk for, at man forventede at lempe sprogkravet til tegninger og andre dokumenter fra tilbudsgivernes underleverandører, valgte FMI imidlertid efterfølgende ikke at gøre dette. Sprogkravet stod derfor ved magt. Det fremgik klart af udbudsbetingelserne og af referatet fra forhandlingsmødet, at tilbudsgiverne ikke kunne støtte ret på tilkendegivelser og lignende under disse møder, og at det således alene var udbudsmaterialet, herunder FMI's skriftlige besvarelser, som var afgørende.

Selv om FMI ikke i sin feedback over for Vestdavit påpegede den manglende overholdelse af sprogkravet, ændrer det ikke ved, at det var Vestdavits ansvar at sikre, at tilbuddet var i overensstemmelse med udbudsmaterialets krav.

De af Vestdavit refererede kendelser er ikke sammenlignelige med den foreliggende situation, hvor FMI's svar på spørgsmål nr. 11 ikke kunne forstås anderledes, end at sprogkravet var et mindstekrav og omfattede alle dele af tilbuddet. En manglende håndhævelse af kravet ville således være i strid med ligebehandlingsprincippet.

#### Klagenævnet udtaler:

##### Ad påstand 1

Det var i kravspecifikationens punkt id. nr. 3 fastsat som et mindstekrav, at FRB-kranerne og tilhørende udstyr ikke måtte optage plads på dækket i hangaren. Der var ikke stillet krav om dokumentation af opfyldelsen af dette

krav, og opfyldelsen skulle således alene tilkendes med et ”Ja”, hvilket Vestdavit havde gjort.

En række andre punkter i kravspecifikationen krævede imidlertid dokumentation, og til brug for besvarelsen af bl.a. id. nr. 8, 11, 12 og 13 om krav til kranens opbygning vedlagde Vestdavit tegningen VD107527, der viste kranen og dens tilhørende udstyr, hvilket omfattede HPU (hydraulic power unit), nitrogenflasker og styreboks. På tegningen var dette udstyr placeret på dækket i hangaren, og det fremgår ikke af tegningen eller af andet i Vestdavits tilbud, at dette ikke var den tilsigtede placering.

Selv om Vestdavit i sit tilbud ikke skulle anføre en placering af kranens tilhørende udstyr, og selv om Vestdavit ikke med tegningen havde til hensigt at tage et forbehold for kravet i id. nr. 3, påhviler risikoen for, at tegningen efter sit indhold kunne opfattes som sådan, Vestdavit.

På baggrund af tegningens entydige placering af kranens tilhørende udstyr på dækket i hangaren finder klagenævnet, at FMI med rette har anset tegningen som et forbehold for mindstekravet i id. nr. 3., og at FMI derfor med rette har afvist Vestdavits tilbud som ukonditionsmæssigt.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

### Ad påstand 2

Kravspecifikationens punkter id. nr. 6 og 10 indeholdt krav til den tilbudte kranes løfteevne og hastighed, men opfyldelsen af disse krav skulle ikke dokumenteres. Udbudsbetingelserne indeholdt endvidere ikke specifikke krav til, hvilken pumpekraft der skulle tilbydes.

Af Vestdavits tilbud fremgår, at der med henblik på dokumentation af opfyldelsen af krav vedrørende kranens hydrauliksystem blev vedlagt en ”Specification for Hydraulic Power Unit”, som angav to pumper med motorkraft på 153 kW og 22 kW, og en tegning, som angav en motorkraft for pumperne på 128 kW og 21 kW. Endvidere havde Vestdavit i besvarelsen til kravspecifikationens punkt id. nr. 66 henvist til en pumpe med en motorkraft på 22 kW.

Der er enighed om, at pumpekraften har betydning for kranens ydeevne, og på den baggrund kan en usikkerhed om den tilbudte pumpekraft efter omstændighederne have betydning for vurderingen af, om kravene til kranens ydeevne var opfyldt, selv om der ikke var stillet specifikke krav til pumpekraften.

Klagenævnet finder imidlertid, at selv om de divergerende angivelser af pumpernes motorkraft kan have givet anledning til tvivl om, hvilken størrelse motor der blev tilbudt, har FMI ikke alene ved en konstatering heraf godtgjort, at en sådan tvivl i sig selv tillige skaber tvivl om opfyldelsen af de omhandlede krav til kranens ydeevne. FMI kunne derfor ikke afvise Vestdavits tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til oplysningerne om pumpekraft.

Påstand 2 tages derfor til følge.

### Ad påstand 3

Af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne fremgår, at tilbud skulle affattes på dansk, og med FMI's svar på spørgsmål nr. 11 blev det under udbudsprocessen udtrykkeligt fremhævet, at sprogkravet tillige omfattede tegninger og bilag.

Vestdavits tilbud omfattede en række tegninger og bilag, som var affattet helt eller delvist på engelsk, heriblandt bilagene vedrørende hydrauliksystemet, samt tegningen VD107527, som flere punkter i besvarelsen til kravspecifikationen henviste til.

Klagenævnet finder på den baggrund, at Vestdavits tilbud ikke opfyldte det stillede sprogkrav, og at FMI derfor har været forpligtet til at afvise dette som ukonditionsmæssigt. Det kan ikke føre til et andet resultat, at FMI på forhandlingsmødet den 23. juni 2020 bemærkede, at der ikke var specifikke krav til datablade eller til, hvordan data i øvrigt skulle dokumenteres, idet der ikke i dette kan indfortolkes en fravigelse eller ændring af sprogkravet.

Da Vestdavits tilbud således var ukonditionsmæssigt både vedrørende mindstekravet i id. nr. 3 og sprogkravet, er der ikke grundlag for at annullere FMI's beslutning om at afvise tilbuddet.

Påstand 3 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have afvist tilbuddet fra Vestdavit A/S som ukonditionsmæssigt med henvisning til oplysninger om pumpekraft, uanset at der ikke i udbudsmaterialet var stillet mindstekrav til pumpekraft.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 og 3.

Klagegebyret tilbagebetales.

Vestdavit A/S skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Anders Raagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen  
specialkonsulent