

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt.
Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Wescam Inc.
(advokat Erik Kjær-Hansen, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Tomas Ilsøe Andersen, København)

Klagenævnet har den 10. december 2021 modtaget en klage fra Wescam Inc. ("Wescam").

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

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-7 og svarskrift med bilag A-B. Replik modtaget den 23. december 2021 og duplik modtaget den 5. januar 2022 er ikke taget i betragtning.

Klagens indhold:

Wescam har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved i forhold til underkriteriet ”Pris” at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke har været tilstrækkeligt beskrevet i udbudsmaterialet.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at evaluere tilbuddenes pris i strid med det på forhånd oplyste.

Påstand 3:

Klagenævnet skal annullere Indklagedes beslutning modtaget den 30. november 2021 om at tildele kontrakten om levering og vedligeholdelse af mobile sensorsystemer til Precision Technic Defence A/S.”

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

Andre oplysninger i sagen:

FMI udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 213-524480 af 31. oktober 2019 som udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF) 2 rammeaftaler om levering af mobile sensorsystemer og vedligeholdelse og reservedele til mobile sensorsystemer.

Rammeaftalen vedrørende levering af mobile sensorsystemer har en løbetid på syv år. Rammeaftalen vedrørende vedligeholdelse og levering af reservedele har en løbetid på syv år med mulighed for forlængelse i 4 gange 2 år.

Rammeaftalerne har ifølge udbudsbekendtgørelsen en anslået værdi på mellem 900 mio. og 1,8 mia. kr. Den nedre grænse i intervallet udgør FMIs mest kvalificerede skøn over rammeaftalernes faktiske værdi, mens den øvre grænse i intervallet udgør den forventede maksimale værdi af rammeaftalerne i deres løbetid.

Udbudsmaterialet omfatter udbudsbetingelser med bilag samt udkast til rammeaftaler med underbilag.

Af udbudsbetingelserne med bilag fremgår, at de endelige tilbud ville blive evalueret ud fra tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne ”Pris” (30%), ”Conditional Technical requirements” (50%) og ”Test” (20%).

Af udbudsbetingelserne fremgår herom:

”10.1 Evaluation method

In order to determine which offer is the most economically advantageous, DALO will use scoring model with fixed financial frame to compile the sub-criteria “Price”, “Quality” and “User-test”. The evaluation method is described in Enclosure 4”

I evalueringen af ”Pris” indgik flere delelementer, herunder anskaffelsesomkostningerne, ”Initial Acquisition cost”, og vedligeholdelsesomkostninger, ”Sustainment cost”.

Af udbudsmaterialets bilag 4 ”ITT Enclosure 4 - Evaluation Model for the Acquisition and sustainment of Mobile Sensor System” fremgår, at evalueringen ville ske ved tildeling af point mellem 0 og 4, hvor 0 var udtryk for det mindst acceptable, og 4 var udtryk for ”State of the art”. Særligt om evalueringen af underkriteriet pris fremgår bl.a.:

”3.3. Evaluation of price

...

In some categories a discount is deducted if the minimum order is at a certain level. When calculating the price for the evaluation, an average price of the different levels is used.

3.3.1 Life Cycle Cost

Each tender will be graded for the price sub-criterion, based on the estimated Life Cycle Costs (LCC) to the Danish Defence of acquiring and operating the systems throughout a period of 5 years (acquisition and sustainment).

The Life Cycle Cost is calculated as the net present value of all relevant costs to the Danish Defence associated with the acquisition and operation of the systems and related products and services covered by the contracts. These costs are:

- Acquisition of systems

- Acquisition of special tools and test equipment
- Upgrades
- Servicing
- Repairs
- Spare parts
- Documentation
- Training
- Integration
- Non Recurring Engineering

The following assumptions are made, for evaluation purposes only, when calculation the LCC:

- Over a year, each system operates 500 hours on average
- Repairable parts are, upon failure, replaced through purchase of a new part at the price stated in the price list appendix C.1.
- The cost of Danish Defence Maintenance Agency (DDMA) manpower is DKK 0 per hour.

3.3.2. Initial acquisition

The Acquisition cost will for this calculation cover the following installations. The in-depth description of what is required is listed below:

- 4 Medium Range Sensor installations on the MRZR platform
- 3 Medium Range Sensor installations on the NSW RHIB platform
- 6 Medium Range Sensor installations on the patrol vessel platform
- 4 Long Range Sensor installations on the Intruder platform
- 16 Long Range Sensor installations on the Piranha platform
- 3 Long Range Sensor installations on the frigate platforms
- 2 Long Range Sensor installations on the support ship platforms
- 4 Long Range Sensor installations on the inspection ship platforms
- 3 Long Range Sensor installations on the inspection vessel platforms
- ...

3.3.3. Sustainment cost

The Sustainment cost in this project assumes a nominal operation of 500 hours of operation per year for 5 years for each system.

The need for spare parts in the life time of this program is determined by the Mean Time Between Failures (MTBF).

...

In order to evaluate the sustainment cost **DALO requires a complete Bill of Material** that matches the offered maintenance concept. If all sub-components of a given main component are presented with an MTBF the sustainment cost is based on the costs of the subcomponents instead of the cost of the main component.

If DALO is not able to identify how subcomponents relate to main components or know all subcomponents of a given main component, DALO

will calculate the sustainment cost of the main component. Ultimately this can result in DALO using the MTBFs and the costs of LRU's when calculating the sustainment cost of the sensor system.
 ...”

I Appendix A til bilag 4 er MTBF beskrevet som ”Mean Time Between Failure”.

Af udbudsmaterialets prisbilag ”Appendix C.1 – Price list and times of delivery” fremgår bl.a., at tilbudsgiver skulle angive MTBF. Det fremgår videre bl.a.:

”Instructions and remarks:

...

3. MOQ: Minimum Ordering Quantity

For more expensive items like e.g. sensor units is shown a discount structure 1-3, 4-6, 7-10 and 11+. This is fixed and cannot be changed.

For other items the tenderer shall specify the minimum number of items (e.g. 20 EA) to be ordered (MOQ) in order to keep the unit price at a reasonable level.

...

9. In this coloumn the tenderer shall state the lifetime (on average) or MTBF (Mean Time between Failure) on this item/component.

...”

Efter prækvalifikation modtog FMI indledende tilbud fra tre tilbudsgivere. Wescam afgav de indledende tilbud henholdsvis den 29. maj 2020 og den 16. maj 2021. Wescam deltog i to forhandlingsmøder med FMI henholdsvis den 9.-10. februar 2021 og 25. august 2021.

To af de tre tilbudsgivere, Wescam og Precision Technic Defence A/S, afgav endelige tilbud. Wescams endelige tilbud blev afgivet den 11. september 2021.

Den 30. november 2021 underrettede FMI Wescam om, at kontrakten forventedes indgået med Precision Technic Defence A/S. Af underretningen fremgår bl.a.:

”The evaluation is based on ITT Enclosure 4 “Evaluation Model for the Acquisition and sustainment of Mobile Sensor System”. The evaluation is divided into three sub-criteria and the result is as follows:

	Conditional Technical Re-quirements	User test	Price (LCC)	Overall score
Weight	50%	20%	30%	
Wescam Inc.	2,86	3,28	0,78	2,32
PTD A/S	2,86	3,31	4,00	3,29

...

Price (LCC)

As described in the Evaluation model the total price is comprised of the initial acquisition and the sustainment of the systems for an additional five years. The price difference is significant for the initial acquisition (sensor units, masts, HMI, cables, integration, documentation, courses etc.). The price difference for the sustainment over five years is also significant.

DALO has calculated the initial acquisition cost cf. the evaluation model (ITT enclosure 4) to USD 77,428,339 and the sustainment cost to USD 81,628,701 yielding a total LCC cost used for evaluation of USD 159,057,040.

In comparison the winning tender from PTD has a total LCC cost for evaluation of USD 88,163,934.

When the score for price is calculated, this is done relative to the lowest offered total LCC cost price which is the winning tender from PTD.

The standard means of calculation of score of the economical sub-criterion is to let the conditional tender with the lowest price form basis for the calculation. Hence the lowest price is awarded a score of 4 on the scale from 0 to 4. All other tenders placed on a linearly declining curve with a grade of 4 for the price of the lowest conditional tender to a grade of 0 for a tender with a price corresponding to the price of the lowest conditional tender + 100%. This corresponds to $X=2$ in the evaluation model.

Wescam thus achieves a score of 0,78 for price.

If the sustainment part of the price calculation seems high it may be because, as stated in the evaluation model, “If DALO is not able to identify

how subcomponents relate to main components or know all subcomponents of a given main component, DALO will calculate the sustainment cost of the main component. Ultimately this can result in DALO using the MTBF's and the costs of LRU's when calculating the sustainment cost of the sensor system."

DALO has found discrepancies between indentures in the different spread sheets of the Wescam price list, missing prices of sub components and missing sub components of main components. Therefore DALO has been unable to map all subcomponents of listed main components and thus been obligated to perform price calculation on replacements on LRU level.

Be advised, that for comparison the price evaluation of the winning tender is also performed using replacement on LRU level.

In conclusion: When the 'overall score' is calculated Wescam achieves a score of 2,32 while PTD receives a score of 3,29".

Wescam deltog den 7. december 2021 i et møde med FMI om evalueringen og resultatet heraf. Af referatet fra mødet fremgår bl.a.:

"When DALO inquired about WESCAM's expected initial cost as opposed to DALO's result, WESCAM replied that the DALO result was more or less identical to WESCAM's own calculations. However, in terms of sustainment cost, the discrepancy had turned out substantial for WESCAM.

The Evaluation model ITT, Enclosure 4 describes the possibility of using an alternative method for calculating the sustainment cost in the event the provided data in the offer do not allow for using the intended procedure. The ITT alternative procedure was chosen by DALO due to WESCAM lack of data and the resulting difficulties in understanding the provided data"

Ved e-mail af 8. november 2021 fremsendte FMI til Wescam evalueringen af Wescams pris.

Den 10. december 2021 indgav Wescam klage til Klagenævnet for Udbud.

Parternes anbringender:

Ad "fumus boni juris"

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

FMI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt. FMI har herunder anført, at hvis klagenævnet på det foreliggende grundlag vurderer, at de påklagede forhold ikke synes grundløse, fører en konkret væsentlighedsvurdering til, at betingelsen om fumus boni juris – hvorefter der skal være udsigt til, at påstanden om annulation tages til følge – ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Wescam gjort gældende, at FMIs beskrivelse af evalueringsmetoden vedrørende underkriteriet ”Pris” er utilstrækkelig for så vidt angår beregningen af henholdsvis anskaffelsesomkostningerne og vedligeholdelsesomkostningerne forbundet med de leverede mobile sensorsystemer.

For beregning af *anskaffelsesomkostningerne* (Initial Acquisition cost) har FMI i bilag 4 ”Evaluation Model for the Acquisition and sustainment of Mobile Sensor System”, afsnit 3.3.2, beskrevet, hvilket antal sensorinstallationer, der skal indgå i beregningen. Listen er yderligere specificeret i en efterfølgende tabel, hvori samme antal sensorinstallationer er oplistet med henvisning til prisbilag C1.

Prisbilaget er for sensorinstallationerne opbygget sådan, at tilbudsgiverne for hver installation skal indsætte enhedspriser for fire forskellige minimums ordremængder. Det fremgår imidlertid hverken af udbudsmaterialets bilag 4 eller det øvrige udbudsmateriale, hvilken enhedspris der indgår i selve evalueringen, herunder om anskaffelsesomkostningerne for f.eks. tre ”Long Range Sensor installations on the inspection vessel platforms” skal beregnes på baggrund af (i) enhedsprisen anført under minimum ordremængden for 1-3 enheder, (ii) på baggrund af gennemsnittet af enhedspriserne anført under hver kategori af minimums ordremængder eller (iii) ved anvendelse af en tredje metode. FMI har på mødet med Wescam den 7. december 2021 oplyst, at anskaffelsesomkostningerne for hver sensorinstallation blev beregnet på baggrund af gennemsnittet af de fire enhedspriser. En sådan gennemsnitsberegning opfylder imidlertid ikke kravet om gennemsigtighed efter direktivets artikel 4, idet det ikke har været beskrevet på forhånd, at evalueringen ville blive foretaget på denne måde, og idet det således ikke har været muligt for tilbudsgiverne at kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med

evalueringsmodellen. Endvidere har det ikke været muligt for tilbudsgiverne at vurdere, hvordan de kunne afgive et konkurrencedygtigt tilbud.

For beregning af *vedligeholdelsesomkostningerne* (Sustainment cost) har FMI i bilag 4, ”Evaluation Model for the Acquisition and sustainment of Mobile Sensor System”, afsnit 3.3.3, beskrevet, at vedligeholdelsesomkostningerne for de enkelte reservedele blandt andet skal beregnes på grundlag af de af tilbudsgiverne oplyste MTBF’er, således at omfanget af FMIs behov for reservedele i rammeaftalens løbetid kan bestemmes. Det fremgår imidlertid hverken af udbudsmaterialets bilag 4 eller det øvrige udbudsmateriale, hvordan MTBF skal fastsættes, herunder om MTBF skal fastsættes på baggrund af en industristandard (f.eks. MIL-HDBK-217F eller ANSI Vita 51.1) eller ved brug af feltdata. Den metode, der anvendes til beregning af en reservedels MTBF, har en væsentlig betydning for den endelige evalueringspris. Hvis to tilbudsgivere således tilbyder den præcis samme reservedel til den præcis samme pris, men fastsætter MTBF ud fra to forskellige metoder, kan dette medføre væsentlige forskelle i den evaluerede vedligeholdelsesomkostning og dermed i den vægtede pris. Ved den manglende beskrivelse af metoden for opgørelsen af MTBF for de tilbudte reservedele har FMI således i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet ikke kunnet sammenligne de indkomne tilbud, idet evalueringsgrundlaget ikke er sammenligneligt.

Sammenfattende har Wescam gjort gældende, at FMIs evalueringsmetode ikke er tilstrækkeligt beskrevet. Evalueringen af de indkomne tilbud er dermed fejlbehæftet i væsentlig grad og er sket i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Særligt vedrørende påstand 1 har FMI gjort gældende, at det klart fremgår af evalueringsmodellen – ITT Enclosure 4 – Evaluation Model for the Acquisition and sustainment of Mobile Sensor System, afsnit 3.3.2 og 3.3.3, hvordan evalueringen af ”Pris” ville blive foretaget.

For så vidt angår *anskaffelsesomkostningerne* (Initial Acquisition cost) er det i bilag 4, afsnit 3.3, der indeholder generelle bemærkninger om evaluering af underkriteriet ”Pris”, og som derfor finder anvendelse for både anskaffelsesomkostninger (Initial Acquisition cost) som omfattet af afsnit 3.3.2 og vedligeholdelsesomkostninger (Sustainment cost) som omfattet af afsnit 3.3.3, klart beskrevet, hvordan evalueringen vil blive foretaget, når der er afgivet

priser afhængig af ordrestørrelse (pristrapper). Det fremgår således klart af evalueringsmodellen, at der i sådanne tilfælde vil blive anvendt en gennemsnitspris af de enhedspriser, der er angivet af leverandøren for de pågældende ordremængder (pristrapper).

For så vidt angår *vedligeholdelsesomkostningerne* (Sustainment cost) fremgår det ligeledes klart af udbudsmaterialet, at MTBF skulle fastsættes ved brug af feltdata, nemlig de data, som tilbudsgiverne selv meldte ind i forbindelse med tilbudsafgivelsen. Det var ikke udtryk for en tilfældighed, at FMI havde valgt dette, og det er hverken ulovligt eller uhensigtsmæssigt at lægge vægt på leverandørernes egne oplysninger om deres produkter i stedet for beregnede eller teoretiske oplysninger herom. Det afgørende er, hvilken konkret MTBF som tilbudsgiveren tilbyder for sine produkter, og at FMI i tilknytning hertil samtidig lægger de oplyste MTBF'er til grund i forbindelse med vurderingen af leverancens efterfølgende kontraktmæssighed. Forestiller man sig, at en tilbudsgiver byder ind med "lange" MTBF-tal (dvs. tal, der indikerer lang levetid for komponenter/underkomponenter) for derved at stå godt i evalueringsmæssig sammenhæng (idet de beregnede omkostninger til reservedele i den stipulerede levetid dermed bliver lave), vil dette forhold ramme tilbudsgiveren i den senere kontraktudførelsesfase, jf. rammeaftalens afsnit 13-15 om "defects" og misligholdelsesbeføjelser i anledning heraf. En tilbudsgiver er derfor tvunget til at tilbyde realistiske MTBF'er for sine produkter for ikke at blive ramt af misligholdelsesbeføjelser, og i den sammenhæng er en tilbudsgiver den bedste til at kende MTBF'en for sine egne produkter. FMI ønskede således at få realistiske MTBF'er oplyst i stedet for MTBF'er udfærdiget i henhold til en eller anden standard, der ikke nødvendigvis giver realistiske fejlratere.

Wescam har da heller ikke på noget tidspunkt under forhandlingerne stillet spørgsmål herom, hverken i forhold til eventuelle formkrav til angivelsen af MTBF eller til anvendelsen af evalueringsmodellen. Der må derfor være en formodning for, at Wescam ikke har været i tvivl om, hvordan MTBF skulle angives, og at evalueringsmodellen, som har været tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet, har været accepteret af Wescam i forhold anvendelsen af MTBF. Det fremgår da også af Wescams tilbud – Appendix A -Mobile Sensor Systems Requirements Specification Compliance Matrix (bilag 4.1) under afsnit 5.2 (Abbreviations), at Wescam her har angivet "Noted" ud for angivelsen af forkortelsen "MTBF".

Sammenfattende har FMI gjort gældende, at FMI ikke har anvendt en evalueringsmodel, der i forhold til underkriteriet ”Pris” har været utilstrækkeligt beskrevet i udbudsmaterialet.

Særligt vedrørende påstand 2 har Wescam gjort gældende, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at evaluere tilbuddene i strid med det på forhånd oplyste, idet FMI ikke som beskrevet i udbudsgrundlaget har taget udgangspunkt i de tilbudte underkomponenter ved beregning af vedligeholdelsesomkostningerne.

For beregning af vedligeholdelsesomkostningerne har Wescam gjort gældende, at Wescams tilbud indeholdt en komplet ”Bill of Material”, inklusive en tilstrækkelig kortlægning over de tilbudte underkomponenter og disses identificering med de tilbudte hovedkomponenter og MTBF’er. FMI har derfor fejlagtigt beregnet vedligeholdelsesomkostningerne ved anvendelse af den sekundære metode i stedet for den primære metode, der også er anført i udbudsmaterialet. FMI er bundet af den beskrivelse af evalueringsmetoden, der er anført i udbudsbetingelserne. FMI var derfor forpligtet til kun at anvende den sekundære metode for beregning af vedligeholdelsesomkostninger, når det faktisk og objektivt ikke var muligt at anvende den primære metode, jf. principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 samt bl.a. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova A/S, præmis 40.

FMI har på intet tidspunkt, herunder på forhandlingsmøderne med Wescam, stillet spørgsmål til Wescams ”Bill of Material” eller oplyst, at FMI ønskede en tydeliggørelse af Wescams kortlægning over underkomponenterne og disses identificering med de tilbudte hovedkomponenter og MTBF’er. FMI har heller ikke på mødet den 7. december 2021 uddybet, hvorfor FMI ikke kunne anvende den primære metode for beregning af vedligeholdelsesomkostningerne, herunder hvilke specifikke forhold som FMI henviste til i tildelingsbeslutningen.

FMI’s anvendelse af den sekundære metode har haft meget væsentlig betydning for vurderingen af den pris, som Wescam har tilbudt.

Særligt vedrørende påstand 2 har FMI gjort gældende, at FMI har evalueret tilbuddene efter den evalueringsmetode, der på forhånd har været klart beskrevet i udbudsmaterialets evalueringsmodel. Wescams tilbud indeholdt ikke en komplet "Bill of Material" med tilhørende MTBF-værdier og priser for alle underkomponenter. Der blev således konstateret uoverensstemmelser i angivelserne i de forskellige faneblade i Wescams prisbilag, manglende priser på underkomponenter og manglende angivelse af underkomponenter til hovedkomponenter (LRU-niveau). Det følger af klagenævnets faste praksis, at en tilbudsgiver bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud, og Wescam må således selv bære risikoen for, at tilbuddet var uklart i relation til angivelse af en komplet "Bill of Material" for de tilbudte reservedelskomponenter.

Som følge af uklarhederne i Wescams tilbud har FMI i overensstemmelse med evalueringsmodellen foretaget prisberegningen af vedligeholdelsesomkostninger (Sustainment cost) baseret på udskiftninger på hovedkomponent-niveau (LRU-niveau) (den sekundære metode), og FMI kan således ikke kritiseres for den konkrete evaluering af Wescams tilbud.

Sammenfattende har FMI gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivet ved evalueringen af tilbuddene i relation til pris.

Særligt vedrørende påstand 3 har Wescam gjort gældende, at klagenævnet af de grunde, der er anført ad påstand 1 og 2, skal annullere FMIs tildelingsbeslutning om at indgå kontrakt med Precision Technic Defence A/S.

Særligt vedrørende påstand 3 har FMI gjort gældende, at der af de grunde, der er anført ad påstand 1 og 2, ikke er grundlag for at tage påstand 3 om annulation til følge.

Ad uopsættelighed

Wescam har gjort gældende, at kravet om uopsættelighed er opfyldt, idet erstatningsreglerne ikke yder Wescam et tilstrækkeligt værn i den foreliggende situation. De udbudte rammeaftaler har en meget betydelig værdi og skal løbe i op til henholdsvis 7 og 15 år. Da FMI har anvendt en evalueringsmodel for underkriteriet "Pris", der ikke har været tilstrækkeligt beskrevet i udbudsmaterialet, vil det være vanskeligt for Wescam at godtgøre, at Wescam ville

have vundet udbuddet, hvis evalueringsmodellen ikke havde været fejlbehæftet. Det kan derfor ikke forventes, at Wescam vil kunne opnå (fuld) erstatning under en eventuel efterfølgende erstatningssag.

FMI har gjort gældende, at det påhviler Wescam at godtgøre, at Wescam vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis Wescam skal afvente afgørelsen i klagesagen. Der foreligger ikke et sådant tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor. Et økonomisk tab kan kun anses for uopretteligt, hvis selve virksomhedens eksistens vil være truet, såfremt opsættende virkning ikke gives. Det gøres i den forbindelse gældende, at det må have formodningen imod sig, at dette skulle være tilfældet for Wescam, der er ejet af L3Harris Technologies, som er en af verdens største producenter af forsvarsmateriel, ligesom Wescam i forbindelse med prækvalifikationen angav en omsætning i 2018 på 434 mio. USD. Der foreligger desuden ikke et uopretteligt tab, som ikke kan kompenseres ved erstatning, jf. bl.a. Wescams forbehold om at nedlægge påstand om erstatning.

Der stilles i praksis meget betydelige krav til en klagers bevisbyrde for uopsættelighed, herunder til dokumentationen herfor. Der kræves således i medfør af EU-praksis "hard and precise information, supported by detailed documents showing the applicant's financial situation", og Wescam har ikke ført et sådant "sikkert bevis" for, at en alvorlig og uoprettelig skade er umiddelbart forestående, hvis Wescam henvises til at afvente afgørelsen af hovedsagen.

Det følger endelig af praksis, at en virksomhed, der deltager i et udbud, aldrig kan regne med at få tildelt kontrakten, og dette udgør en normal kommerciel risiko, som virksomheden må tage i betragtning. Når der herudover henses til det faktum, at der kan ydes økonomisk erstatning for individuelle tab ved fejlagtige udbudsprocedurer, er sådanne tab ikke uoprettelige.

Det bør desuden tages i betragtning, at Wescam allerede på tidspunktet før indlevering af tilbuddet i det offentlige udbud var bekendt med udbudsproceduren og udbudsmaterialet, herunder den anvendte evalueringsmodel. Det bør således være udelukket at anse betingelsen om uopsættelighed for opfyldt.

Ad interesseafvejning

Wescam har gjort gældende, at Wescam har en betydelig interesse i at få tildelt kontrakten, da der er tale om en væsentlig og langvarig kontrakt om levering af mobile sensorsystemer og efterfølgende vedligeholdelse og levering af reservedele til disse mobile sensorsystemer. Wescams interesse overstiger væsentligt FMIs mulige interesse i at undgå en mindre påvirkning af tidsplanen frem mod kontraktens ikrafttræden.

FMI har gjort gældende, at en interesseafvejning ikke kan føre til, at klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning. FMI har en betydelig samfundsmæssig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, da udbuddet vedrører indkøb af forsvarsmateriel, der har afgørende betydning for forsvarets mulighed for at opfylde sine nationale og internationale beredskabsforpligtelser. Konkret er de mobile sensorer, som er omfattet af udbuddet, væsentlige for Forsvarets opbygning af kapacitet på tværs af Forsvarets enheder, og de styrker evnen til målerkendelse, opklaringsarbejde, selvbeskyttelse og begrænsning af risikoen for utilsigtet skade. Derudover har materiellet stor betydning i forbindelse med sø- og redningsopgaver samt i forbindelse med suverænitetshåndhævelse til søs. Disse hensyn vejer tungere end Wescams interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter lov om Klagenævnet for Udbud, jf. bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011 § 11, stk. 2. Afgørelsen træffes efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*"):

Ad påstand 1

Udbudsmaterialets evalueringsbilag, bilag 4, er opbygget sådan, at der for underkriteriet "Pris" først er en beskrivelse af generelle principper for pris-evalueringen og derefter en beskrivelse af principperne for de enkelte elementer i prisevalueringen.

Af den generelle del, bilag 4, afsnit 3.3, fremgår:

"In some categories a discount is deducted if the minimum order is at a certain level. When calculating the price for the evaluation, an average price of the different levels is used".

FMI har i sådanne tilfælde anvendt en gennemsnitspris af de enhedspriser, der er angivet af tilbudsgiveren for de pågældende ordremængder.

Klagenævnet finder på det foreløbigt foreliggende grundlag, at dette ikke afviger fra, hvordan velinformede og normalt omhyggelige tilbudsgivere vil forstå og fortolke principperne for prisevalueringen. Metoden til evaluering af *anskaffelsesomkostningerne* (Initial Acquisition cost) har således været beskrevet tilstrækkelig klart.

Evalueringen af tilbuddene i relation til kriteriet ”pris” skulle tillige ske på grundlag af bl.a. vedligeholdelsesomkostningerne i materiellets levetid. Beregningen heraf ville, jf. udbudsbilag 4, afsnit 3.3.3, ske bl.a. ved anvendelse af ”Mean Time Between Failures MTBF”. Dermed kunne omfanget af FMIs behov for reservedele i rammeaftalens løbetid bestemmes.

Af udbudsbetingelsernes afsnit 3.3.3, fremgår, at ”Sustainment cost in this project assumes a nominal operation of 500 hours of operation per year for 5 years for each system”.

Af udbudsmaterialets prisbilag, bilag C.1., fremgår, at tilbudsgiverne individuelt skulle ”state the lifetime (on average) or MTBF (Mean Time between Failure) on this item/component” for de tilbudte reservedele. Det fremgår hverken af udbudsmaterialets bilag 4, bilag C.1. eller det øvrige udbudsmateriale, at MTBF ville blive fastsat med henvisning til en industristandard.

Klagenævnet finder på det foreløbigt foreliggende grundlag derfor, at det har formodningen imod sig, at en ordregiver, der anmoder tilbudsgiverne om at oplyse MTBF, har til hensigt at anvende en standardiseret MTBF uden at have oplyst herom i udbudsmaterialet. Metoden til evaluering af *vedligeholdelsesomkostningerne* (Sustainment cost) har således været beskrevet tilstrækkelig klart.

Klagenævnet finder herefter på det foreløbigt foreliggende grundlag, at underkriteriet ”Pris” og metoden til evaluering heraf har været tilstrækkelig beskrevet i udbudsmaterialet. Der er derfor ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Det er ubestridt, at FMI i udbudsbetingelserne havde beskrevet en primær og en sekundær evalueringsmetode i forhold til beregningen af vedligeholdelsesomkostningerne. Den sekundære metode kunne, jf. bilag 4, afsnit 3.3.3 anvendes, ”If DALO is not able to identify how subcomponents relate to main components or know all subcomponents of a given main component”.

Risikoen for eventuelle uklarheder i et tilbud påhviler tilbudsgiveren.

FMI konstaterede ved gennemgangen af Wescams tilbud, at prisbilaget var udfyldt i flere forskellige faneblade, at der var anvendt begreber, der ikke hidrørte fra FMI, og som ikke var nærmere beskrevet i tilbuddet, at der var uoverensstemmelser i angivelserne i de forskellige faneblade, at der manglede priser på underkomponenter, og at der manglede angivelse af underkomponenter til hovedkomponenter.

Klagenævnet finder herefter på det foreløbigt foreliggende grundlag, at FMI har evalueret tilbuddene i overensstemmelse med den på forhånd oplyste evalueringsmodel. Der er derfor ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Under henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 2, er der ikke udsigt til, at påstand 3 om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er dermed ikke opfyldt.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig