

Klagenævnet for Udbud

(Jakob O. Ebbensgaard, Jesper Stage Thusholt,
Christian Lund Hansen, Claus Pedersen)

J.nr.: 24/10982

25. september 2025

K E N D E L S E

Zeppelin Danmark A/S

(advokat Litha Skjolden, Kolding)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

(erhvervsjuridisk rådgiver Paw Vindahl, København)

Indholdsfortegnelse

Indledning og påstande	3
Sagens nærmere omstændigheder.....	5
Markedsdialog - 2020/2021.....	5
Udbud nr. 1.....	6
Markedsdialog - 2021.....	9
Udbud nr. 2.....	11
Forhandlinger med Volvo.....	19
Volvos tilbud.....	23
Rammeaftalen.....	25
Bestillinger og leveringer på rammeaftalen.....	29
Læssemaskinerne.....	30
Parternes anbringender.....	30
Ad afvisningspåstanden.....	30
Ad påstand 1.....	32
Ad påstand 2 og 3.....	38
Ad påstand 4	63
Ad påstand 5.....	68
Ad påstand 6.....	74
Retsgrundlag.....	78
Klagenævnet udtaler.....	85
Ad påstanden om afvisning	85
Ad påstand 1.....	87
Ad påstand 2 og 3.....	88
Ad påstand 4.....	92
Ad påstand 5.....	93
Ad påstand 6.....	95
Herefter bestemmes.....	96

Indledning og påstande

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 235524-2022 af 29. april 2022 udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI"), som offentligt udbud efter udbudsloven, en rammeaftale om anskaffelse af læssemaskiner til Forsvaret og tilhørende beskyttelse, løst udstyr, logistik og vedligeholdelse, dokumentation og tjenesteydelser.

FMI modtog ingen tilbud inden for tilbudsfristen den 23. juni 2022.

Den 16. maj 2024 indgik FMI rammeaftale med Volvo Entreprenørmaskiner A/S ("Volvo").

Ved ordretildelingsbekendtgørelse nr. 366701-2024 af 19. juni 2024, offentliggjort den 20. juni 2024, meddelte FMI, at FMI havde indgået rammeaftale med Volvo, og at der var blevet indgået kontrakt (initialkøb) om levering af fem læssemaskiner med standard førerkabine.

Den 15. november 2024 indgav Zeppelin Danmark A/S ("Zeppelin") klage til Klagenævnet for Udbud over FMI.

Zeppelin har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have ladet udbuddet overgå til udbud med forhandling alene som følge af FMI's egne forhold og efterfølgende foretaget en direkte tildeling uden gennemførelse af en udbudsprocedure.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med det grundlæggende princip om ligebehandling i udbudslovens § 2, stk. 1, samt udbudslovens § 80, stk. 2, jf. stk. 1, ved uberettiget i forbindelse med udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse at have forhandlet om og ændret grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med gennemsigtheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have foretaget direkte tildeling af rammeaftale uden gennemførelse af en udbudsprocedure efter udbudsloven, på trods af at der er foretaget ændringer i grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med de grundlæggende principper i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have forhandlet med en enkelt tilbudsgiver igennem næsten 2 år og efterfølgende foretaget direkte tildeling, hvorfor samfundsmæssige vilkår i forhold til levering og prissætning af råvarer har ændret sig så meget, at det kan have påvirket andre potentielle tilbudsgivers deltagelse i en udbudsprocedure, såfremt der havde været foretaget udbud af den pågældende leverance i 2024, hvor rammeaftalen blev indgået.

Påstand 5

Klagenævnet skal erklære den af FMI indgåede rammeaftale for uden virkning.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Klagenævnet skal annullere FMI's beslutning om ulovlig direkte tildeling af rammeaftale.

FMI har principalt nedlagt påstand om afvisning, subsidiært afvisning for så vidt angår initialkøbet på de fem læsemaskiner.

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

Overfor FMI's påstande om hel eller delvis afvisning har Zeppelin nedlagt påstand om, at påstandene ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 19. november 2024 meddelt FMI's kontraktpart, Volvo, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Volvo har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Markedsdialog - 2020/2021

Ved forhåndsmeddelelse af 28. september 2020 iværksatte FMI en markedsundersøgelse for at afdække, hvilke produkter markedet kunne levere.

Af FMI's udaterede Request for Information ("RFI") fremgår bl.a.:

"Introduktion

Forsvarsministeriet Materiel- og Indkøbsstyrelsen (herefter FMI) forbereder udbud vedrørende anskaffelse af rendegravere og læssemaskiner (herefter RGR & LÆMA). FMI vil gennemføre anskaffelsen under et udbud, men med to selvstændige delaftaler, hvor det vil være muligt for tilbudsgivere at byde ind på den ene eller begge delaftalerne.

...

Formål

Formålet med indhentelsen af oplysningerne er at finde frem til, hvordan Forsvaret sikrer modtagelse af det bedst mulige tilbud, samt hvordan den bedst mulige kontrakt kan arrangeres for Forsvaret og Forsvarets kommende leverandører."

Virksomhederne blev bl.a. anmodet om at svare på, om de kunne opfylde kravene i det vedlagte udkast til kravspecifikation.

Det fremgår af FMI's "Markedsundersøgelsesrapport & Markedsscreeningsnotat" af 26. maj 2021, at 16 virksomheder hentede projektets RFI. FMI modtog svar fra følgende virksomheder: Johs. Møllers Maskiner A/S, Nicolaisen & Larsen A/S, Op System Danmark A/S, Scantruck A/S, Volvo og Zeppelin.

Af markedsundersøgelsesrapporten fremgår i øvrigt:

"1. Resume

...

Markedsundersøgelsen har vist, at der findes flere kompetente virksomheder i Danmark, som delvis kan imødekomme Forsvarets oprindelige behov. Ved justeringer i kravspecifikationen, vil det være muligt for 4 (fire) ud af de 6 (seks) virksomheder, som har responderet på RFI'en at

levere læsemaskiner og udføre de efterspurgte tjenesteydelser, som efterspurgt i RFI'en."

Af Zeppelins svar fremgår bl.a., at selve armeringen ikke var udviklet endnu, og at udviklingen ville udgøre en cost driver. Leveringstiden for kommercielle maskiner blev oplyst til ca. 20 uger. Det blev i tilknytning hertil anført, at kravet om armering ville forlænge leveringstiden på den første maskine op til 18-24 måneder og resten af partiet yderligere op til 12 måneder.

Zeppelin svarede endvidere nej til at opfylde evalueringskrav nr. 10 "LÆMA bør have en vadeevne på minimum 100 cm", mindstekrav nr. 14 "LÆMA skal kunne medbringe drivmidler til mindst 12 timers konstant arbejde med 75 % belastning", og mindstekrav nr. 96 "LÆMA skal kunne leveres med bæltetræk med accept af reduceret hastighed og køreegenskaber."

I marts 2021 sendte FMI som opfølgning på RFI'en yderligere spørgsmål til virksomhederne angående beskyttet førerkabine, herunder spørgsmål til hvilke løsninger virksomhederne kunne tilbyde, hvor hurtigt der kunne veksles fra en standard førerkabine til en beskyttet førerkabine og prisen på en beskyttet førerkabine.

Af FMI's "Opsamling på indhentelse af priser for beskyttelse til beskyttelsesniveau 2.2.a" fremgår bl.a., at Volvo kunne tilbyde en udskiftelig, beskyttet førerkabine. Af besvarelserne fra Nicolaisen & Larsen A/S, Johs. Møllers Maskiner A/S og Zeppelin, der som de eneste øvrige virksomheder havde besvaret forespørgslen, fremgår, at virksomhederne ikke havde en færdig løsning for beskyttede førerkabiner, men at det var muligt at udvikle denne. Zeppelins udviklingsperiode blev angivet til 12-18 måneder.

Udbud nr. 1

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 331183-2021 af 29. juni 2021 udbød FMI som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om anskaffelse af læsemaskiner til Forsvaret og tilhørende beskyttelse, løst udstyr, logistik og vedligeholdelse, dokumentation og tjenesteydelser til en anslået værdi af 45 mio. kr.

I Appendiks A, Kravspecifikation, havde FMI fastholdt RFI-materialets Krav ID-nr. 10 (nu Krav ID-nr. 9) som et evalueringskrav. RFI-materialets Krav

ID-nr. 14 (nu Krav ID-nr. 16) blev fastholdt med følgende bemærkning:
 ”FSV accepterer én (1) medleveret brændstofdunk til efterfyldning, såfremt brændstofdunk er placeret hensigtsmæssigt på LÆMA”. RFI-materialets Krav ID-nr. 96 fremgik ikke af kravspecifikationen.

Af kravspecifikationen fremgår bl.a.:

”1.1 Baggrund og omfang

...

FSV råder på nuværende tidspunkt over omkring 15 LÆMA med en totalvægt på 18 tons. FSV nuværende flåde af LÆMA er nedslidt, hvilket medfører, at flåden både er vanskelig og omkostningstung at vedligeholde. FSV ønsker derfor at anskaffe én type tidssvarende LÆMA som erstatning for FSV allerede eksisterende flåde af LÆMA, som tilgodeser FSV operative behov. FSV har behov for LÆMA med Z- og parallelkinematik. Ideelt set vil det være LÆMA med kombination af Z- og parallelkinematik. Alternativt skal LÆMA kunne leveres med to forskellige konfigurationer med disse funktioner. FSV ønsker en fleksibel løsning i forhold til beskyttelse af standard førerkabinen, hvor beskyttelsen kan på- og afmonteres førerkabinen med nødvendigt værktøj eller en udskiftelig beskyttet førerkabine, som kan erstatte standard førerkabinen. FSV forventer at anskaffe beskyttelse til omkring en tredjedel af de anskaffede LÆMA. Tjenesteydelsesdelen skal ses som et supplement til den drift- og vedligeholdelse, der finder sted på FSV egne værksteder og af udsendt personel i internationale operationer.

...

4 Kravspecifikation

4.1 Tekniske krav til LÆMA

I dette afsnit beskrives de tekniske krav der stilles til LÆMA, som er omfattet af Aftalen. Tekniske krav omfatter krav til manøvreegenskaber, dimensioner, opbygning og indretning samt krav til frontlæsserens egenskaber og udstyr fastmonteret på LÆMA. Afsnittet omfatter ydermere krav til emissioner, brændstof og anvendelse i forskellige klimazoner.

...

ID-nr.:	Beskrivelse af krav	Klassificering	Dokumentation	Kravopfyldelse	FMI bemærkninger
...					
13.	Kompatibilitet LÆMA skal kunne anvendes sammen med Zaugg Mobil 350 med SF 110-100-L-260 5170 kg. snefræser.	M	J/N		

...					
Dimensioner					
29.	LÆMA skal i arbejds- og køreklar stand inkl. beskyttelse ikke have et akseltryk der overstiger 10 tons.	M	J/N		
Dimensioner					
30.	LÆMA skal i arbejds- og køreklar stand inkl. beskyttelse have en totalvægt på 18 tons eller mindre.	M	J/N		
...					
Leveringstid					
54.	Leverandøren skal levere LÆMA inden for 8 måneder fra ordrebekræftelse.	M	J/N		
...					
60.	Frontlæsser Frontlæsser skal kunne leveres med z-kinematik.	M	J/N		Hvilken løsning Køber vælger, vil fremgå af Indkøbsordren.
61.	Frontlæsser Frontlæsser skal kunne leveres med parallelkinematik.	M	J/N		Hvilken løsning Køber vælger, vil fremgå af Indkøbsordren.
62.	Frontlæsser Frontlæsser bør kunne leveres med en kombination af z- og parallelkinematik.	E	J/N		Bemærk: Tilbudsgiver skal udelukke afgive én pris for læssemaskine med kombination af z- og parallelkinematik i Appendiks C.1 – <i>Leverandørens priser</i> , hvis tilbudsgiver kan tilbyde en læssemaskine med en kombination af z- og parallelkinematik.
...					
Beskyttet førerkabine – Leveringstid					
113.	Beskyttet førerkabine skal leveres inden for 24 måneder fra ordrebekræftelse.	M	J/N		
...					
Leveringstid					
133.	Løst udstyr skal leveres inden for 60 Arbejdsdage fra ordrebekræftelse.	M	J/N		
...					

Den 9. juli 2021 afholdt FMI et orienteringsmøde. Af FMI's referat fra mødet fremgår, at der bl.a. blev stillet følgende spørgsmål:

Spørgsmål nr. 9:

”Vi oplever en generel stigning i priserne på råvarer i verden. Hvordan vil tilbudsgiver skulle forholde sig til de angivne prisreguleringer i udbuddet?”

I svaret hedder det:

”Prisregulering for produkterne og tjenesteydelserne sker i henhold til Appendiks E – Prisregulering.”

Spørgsmål nr. 10:

”Vi oplever, at der generelt er en væsentlig længere leveringstid på materialer i verden. Hvordan vil FMI forholde sig til dette?”

I svaret hedder det:

”Leveringstiderne angivet i Id. Nr. 54, Id. Nr. 113, Id. nr. 133 og Id. Nr. 137 i Appendiks A – Kravspecifikation er Mindstekrav. Et Mindstekrav skal opfyldes af tilbudsgiver, jf. afsnit 1.4 – Definitioner og forkortelser i Appendiks A – Kravspecifikation.”

Under udbudsprocessen blev der stillet en række spørgsmål. Af spørgsmål/svar-referat nr. 1 af 10. august 2021 fremgår bl.a., at der blev stillet og besvaret følgende spørgsmål:

Spørgsmål nr. 4

På grund af Corona situationen vil der være store udfordringer med at levere det ønskede materiel på 8 måneder, vi ønsker leveringstiden hævet til 12 måneder.

Svar:

Leveringstiden angivet i Id. Nr. 54 i Appendiks A – Kravspecifikation er Mindstekrav. Et Mindstekrav skal opfyldes af tilbudsgiven, jf. afsnit 1.4 – Definitioner og forkortelser i Appendiks A – Kravspecifikation.

Spørgsmål 5:

Armeret kabine kan ikke udvikles og testes på 24 måneder.

Svar:

Leveringstiden angivet i Id. Nr. 113 i Appendiks A – Kravspecifikation er Mindstekrav. Et Mindstekrav skal opfyldes af tilbudsgiven, jf. afsnit 1.4 – Definitioner og forkortelser i Appendiks A – Kravspecifikation.

FMI modtog ingen tilbud inden for tilbudsfristen den 3. september 2021.

Markedsdialog - 2021

Efter tilbudsfristens udløb tog FMI kontakt til de virksomheder, der havde deltaget i den forudgående markedsdialog.

Af FMI's interne e-mail af 14. september 2021 vedrørende "Dialog med virksomheder i forbindelse med udbud af læssemaskiner" fremgår bl.a.:

"Begrundelse for ikke at afgive tilbud

1. Volvo Entreprenørmaskiner A/S

Volvo Entreprenørmaskiner havde planer om at byde ind på vores udbud. Volvo Entreprenørmaskiner A/S har dog haft udfordringer med at skaffe en pansret kabine. Dette skyldes, at de ikke kan fremskaffe dokumentation og indhente priser fra Volvo Defence A/S for den pansrede kabine til det efterspurgte beskyttelsesniveau.

2. Nicolaisen & Larsen A/S

Nicolaisen & Larsen A/S har ikke svaret os endnu.

3. Zeppelin A/S

Zeppelin A/S har udfordringer med at opfylde vores krav til leveringstiden på læssemaskinen. I øvrigt vil de ikke påtage sig risikoen for den fastsatte bodsats for forsinkelse, bodsatsen i CSR og det valgte prisindeks i vores prisreguleringsappendiks.

4. Scantruck A/S

Tidshorizonten var hovedårsagen til, at Scantruck A/S ikke har afgivet tilbud på udbuddet. Scantruck A/S vil gerne have yderligere 3 mdr. til at afgive tilbud. Scantruck A/S har udfordringer med at opfylde vores krav til leveringstiden på henholdsvis læssemaskinen og den pansrede kabine. Scantruck A/S har behov for at kende det præcise antal pansrede kabiner vi skal anskaffe, dvs. de vil gerne have FMI til at forpligte sig til en initialanskaffelse af X-antal pansrede kabiner for at fordele deres udviklingsomkostninger. Scantruck A/S ved ikke, om de skal fordele omkostninger over 3. stk., 6. stk. eller 12 stk.

5. JCB Sales Ltd.

JCB Sales Ltd. havde ikke den nødvendige tid til rådighed for at byde ind på vores udbud. Dette fordi de havde forpligtet sig til at aflevere tilbud på fire andre udbud samme dag som tilbudsfristen for vores udbud.

JCB Sales Ltd. har efterfølgende sendt en mail med de punkter, som de havde til vores udbudsmateriale. Vores krav til tilkørselsvinklen på de efterspurgte læssemaskiner er 30,1 grader. JCB Sales Ltd. kan tilbyde en læssemaskine med en tilkørselsvinkel på 26 grader. JCB Sales Ltd. kan ikke opfylde vores mindstekrav til sidehældning, idet deres læssemaskine kun kan levere en læssemaskine med en sidehældning på 12,5 grader. Vores krav til sidehældning er 16,7 grader.

6. Johs. Møllers Maskiner A/S

Johs. Møllers Maskiner A/S kan ikke opfylde vores krav til leveringstid. Johs. Møllers Maskiner A/S vil gerne have en leveringstid på 12 mdr. i stedet for 8 mdr. Johs. Møllers Maskiner A/S kan i øvrigt ikke levere en læssemaskine, der kan køre på andet brændstof end standard diesel (EN590).”

Ved bekendtgørelse nr. 482447-2021 af 21. september 2021 annullerede FMI udbuddet med henblik på at genudbyde rammeaftalen med tilpassede krav, herunder til leveringstid.

FMI har oplyst, at FMI i forlængelse heraf fortsatte dialogen med markedet, herunder ved møder med bl.a. Zeppelin og Volvo i januar og februar 2022.

Udbud nr. 2

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 235524-2022 af 29. april 2022 udbød FMI som offentligt udbud efter udbudsloven på ny rammeaftalen om anskaffelse af læssemaskiner m.v. Værdien af rammeaftalen var i udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3. anslået til 37-65 mio. kr., hvor intervallets nedre grænse var udtryk for FMI's mest kvalificerede skøn over rammeaftalens værdi på daværende tidspunkt, mens intervallets øvre grænse udtrykte det forventede maksimale træk på rammeaftalen i dens løbetid på 48 måneder. I udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.4. og II.2.4. var det anført, at FMI ved indgåelse af aftalen som initialkøb ville bestille fem læssemaskiner med standard førerkabine.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår i øvrigt:

”II.2.4. Beskrivelse af udbuddet

... FSV ønsker at anskaffe én type tidssvarende læssemaskine, som erstatning for FSV allerede eksisterende beholdning af læssemaskiner, som tilgodeser FSV operative behov.

...

II.2.10 Oplysninger om alternative tilbud

Alternative tilbud vil blive taget i betragtning: nej”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”5.2 Beskrivelse af tilbuddet

Et tilbud består af følgende dokumenter:

A. Et tilbuds-brev (skabelon), bilag 1

B. Det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) (tilgængelig via ETHICS-webportalen)

C. Udfyldte Appendikser

...

Vedr. C) Udfyldte Appendikser

Tilbudsgiver skal udfylde følgende Appendikser:

- Appendiks C: Leverandørens tilbud
- Appendiks C.1: Prisbilag

...

Det understreges, at tilbudsgiver bør overholde udbudsmaterialets format og sammensætning ved udfyldelsen af de dele af udbudsmaterialet, der forudsættes udarbejdet eller udfyldt af tilbudsgiver. Tilbudsgiver bør derfor ikke ændre på Appendiksernes sammensætning og bør sikre sig, at alle oplysninger afgives i det relevante format.

...

Som anført i udbudsbekendtgørelsen, har tilbudsgiver ikke adgang til at afgive alternative tilbud.

...

5.6 Forbehold og Mindstekrav

Der kan ikke tages forbehold over for grundlæggende elementer, herunder Mindstekrav (angivet med et "M" i kravspecifikationens Appendiks A i udbudsmaterialet. Et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsmaterialet er et forbehold, der kan medføre alvorlig konkurrenceforvridning, såfremt forbeholdet blev tilladt.

...

Tilbud, der ikke overholder samtlige Mindstekrav eller som indeholder forbehold over for grundlæggende elementer, vil således, blive betragtet som ukonditionsmæssige og vil ikke blive taget i betragtning, idet der dog henvises til punkt 6 og principperne i udbudslovens § 159, stk. 5."

I Appendiks C, Leverandørens tilbud, er fastsat bl.a.:

"1.4 Definitioner og forkortelser

Alle krav er inddelt i "Mindstekrav" eller "Evalueringskrav" i klassificeringskolonnen. Mindstekrav er markeret med "M". Evalueringskrav er markeret med "E".

Klassificerings-ID	Beskrivelse
M	Et Mindstekrav <u>skal</u> opfyldes af tilbudsgiver. Hvis blot et enkelt Mindstekrav ikke er opfyldt, vil tilbuddet ikke indgå i den videre evaluering.
E	Evalueringskrav. Disse krav vil blive evalueret af FMI

...

4 Kravspecifikation

4.1 Tekniske krav til LÆMA

I dette afsnit beskrives de tekniske krav der stilles til LÆMA, som er omfattet af Aftalen. Tekniske krav omfatter krav til manøvreegenskaber, dimensioner, opbygning og indretning samt krav til frontlæsserens egenskaber og udstyr fastmonteret på LÆMA. Afsnittet omfatter ydermere krav til emissioner, brændstof og anvendelse i forskellige klimazoner.

...

ID-nr.:	Beskrivelse af krav	Klassificering	Dokumentation	Kravopfyldelse	FMI bemærkninger
---------	---------------------	----------------	---------------	----------------	------------------

...

21.	Bjærgning LÆMA skal have mindst fire nedbindings- og trække faciliteter placeret symmetrisk i for- og bagende.	M	J/N	J	Krav er stillet med henblik på bjærgning ved fastkørsel og havari.
-----	--	---	-----	---	--

...

24.	Klima LÆMA bør kunne anvendes i overensstemmelse med klimazonerne i STANAG 4370, AECTP-230 <i>eller tilsvarende</i> : - Extreme Hot Dry (A1). - Wet Warm (B1). - Wet Hot (B2). - Cold (C2). - Severe Cold (C3).	E	D	J	Leverandøren skal ved levering af læssemaskinerne oplyse Køber om hvilke reservedele, der skal udskiftes for at tillade anvendelse i de forskellige klimazoner samt estimeret tidsforbrug til eftermontering. Tilbudsgiver skal i "Tilbudsgivers bemærkninger" i Appendiks C – <i>Leverandørens tilbud</i> beskrive, hvilke klimazoner i kravet som kan opfyldes.
-----	--	---	---	---	--

...

25.	Brændstof				
	LÆMA skal kunne anvende følgende brændstof: - F 54 (standard diesel, jf. DS/EN 590 <i>eller tilsvarende.</i>) - F 34 (JP8 flybrændstof med militær additivpakke, jf. DEF STAN 91-87 <i>eller tilsvarende.</i>) - F 35 (JET A1 flybrændstof, jf. DEF STAN 91-91 <i>eller tilsvarende.</i>) - F 63 (F-34/35 tilsat S-1750 additiv, jf. STANAG 7090 <i>eller tilsvarende.</i>) - F-75 (marine diesel, jf. STANAG 1385 <i>eller tilsvarende.</i>)	M	J/N	J	
26.	Elektrisk anlæg LÆMA skal have én (1) kontakt til afbrydelse af alt lys, signal og tegngivningsapparater indvendig såvel som udvendig.	M	J/N	J	Krav er stillet med henblik på, at LÆMA skal have kontakt til "black-out" selvom LÆMA er i drift.

...

39.	Hydrauliske anlæg LÆMA skal have elektrisk olievarmer på hydrauliksystemet, der kan tilsluttes 230 volt.	M	J/N	J	
-----	--	---	-----	---	--

...

44.	Elektrisk anlæg LÆMA skal være monteret med NATO-stik starthjælp.	M	J/N	J	Reference: Hella 8JB 001 935-051 eller tilsvarende.
-----	---	---	-----	---	---

...

48.	Maling LÆMA skal kunne leveres i malingen DG-15 NIR, jf. TR-1015, 2. Rev. i Appendiks J – Krav til DG-15 NIR.	M	J/N	J	Hvilken farve LÆMA bestilles i, vil fremgå af Indkøbsordren.
-----	---	---	-----	---	--

...

53.	Lovgivning LÆMA skal overholde og afmærkes i henhold til maskindirektivet og CE-forordningen.	M	J/N	J	
-----	---	---	-----	---	--

...

89.	Førerkabine - opbevaring Førerkabinen skal have mulighed for opbevaring inde i førerkabinen af følgende udrustning: - Gevær M/10. - Feltration: 20x17x13cm, vægt 1,7kg. - Vand: 15x20x20cm, vægt 3kg.	M	J/N	J	Geværholder vil blive leveret af FSV.
-----	--	---	-----	---	---------------------------------------

90.	Førerkabine - opbevaring LÆMA skal have mulighed for yderligere vandtæt opbevaring af: - Rastudstyr: 60x40x30cm, vægt 6kg. - Daypack: 50x35x25 cm, vægt 25 kg - CBRN-udrustning: 40x40x30cm, vægt 8kg. - Rygsæk/paksæk: 75x45x30cm, vægt 25kg. - Feltration: 20x17x13cm, vægt 1,7kg - Vand: 2 x (15x20x20cm), vægt 6 kg.	M	J/N	J	Vandtæt opbevaring af nævnte udrustning accepteres uden for førerkabinen. LÆMA skal kunne være i drift imens udrustning er opbevaret på LÆMA.
	<i>Bemærk: Dette kunne eventuelt være på et eller flere opbevaringssteder uden for førerkabinen.</i>				Det bemærkes, at udrustningen skal kunne transporteres på LÆMA.

...

135.	Maskinsimulator Leverandøren bør kunne levere maskinsimulator tilsvarende den leverede LÆMA.	E	J/N	J	Maskinsimulatorer skal understøtte den initiale uddannelse og den vedligeholdende uddannelse af maskinførere i FSV. Maskinsimulatoren skal betjenes identisk med den leverede LÆMA.
------	--	---	-----	---	--

”

Af Appendiks C.1, Leverandørens tilbud - priser, fremgår bl.a., at leverandøren for hvert tilbudte produkt eller tjenesteydelse skulle anføre en pris eksklusive moms. For ”Beskyttelse” skulle tilbudsgiverne anføre en enhedspris for ”1. køb” og en enhedspris ”efter 1. køb”.

Vedrørende enhedsprisen for 1. køb var det anført:

”Bemærk: Denne post er reserveret til udviklingsomkostninger, såfremt dette er relevant ved levering af første køb.”

Vedrørende enhedsprisen efter 1. køb var det anført:

”Bemærk: Denne post antages ikke at inkludere udviklingsomkostninger efter, at disse er afholdt ved første køb.”

Tilbudsgiverne skulle endvidere oplyse om ”Leveringstid. I mdr. fra indkøbsordre”.

Tilbudsgiverne skulle endvidere i Appendiks C.1 oplyse en pris for en læsemaskine med z-funktion og en læsemaskine med parallelfunktion eller en pris for en læsemaskine med kombination af z- og parallelfunktion.

Af rammeaftalen fremgår bl.a.:

”2. AFTALENS FORMÅL, OMFANG OG PARTER

Aftalen vedrører leverancer af læssemaskiner til Forsvaret og tilhørende beskyttelse, løst udstyr, logistik og vedligeholdelse, dokumentation og tjenesteydelser.

Hæren (HRN)

Køberen har til hensigt at anvende Leverancen til jordarbejde i forbindelse med enheders indretning af feltbefæstede stillinger til støtte for lejr-etablering og under udbygning samt vedligeholdelse af tilhørende infrastruktur. Læssemaskiner anvendes i forbindelse med afretning, afrømning og grov planering af jord samt flytning, spredning og komprimering af løse materialer, herunder fyldning af huller i forbindelse vejbygning eller vejreparation. Læssemaskiner anvendes ydermere i forbindelse med udlægning af rørgennemløb, faskiner og kolonneveje samt feltbrobygning med løftebom. Afslutningsvis varetages opgaver såsom snerydning, rydning af ruiner, gravning af feltbefæstningsanlæg, flotbringning med spil og transport af palleteret gods og langgoods. På baggrund af de forskellige trusselniveauer til de beskrevne anvendelsesscenarier vil der være behov for at beskytte operatørpladsen.

Flyvevåbnet (FLV)

Køberen har til hensigt at anvende Leverancen til snerydning af landingsbaner, samt forekommende opgaver på flyvepladser i forbindelse med diverse løft (løftebom og pallegafler) og håndtering af gods, og har således ikke behov for at beskytte operatørpladsen.

...

15.2 Opsigelse som følge af tilsidesættelse af udbudsreglerne

Hvis FMI beslutning om at tildele Aftalen til Leverandøren annulleres af Klagenævnet for Udbud eller domstolene, kan FMI berettiget opsig Aftalen og enhver udestående Indkøbsordre med en 1 (en) måneds skriftligt varsel.

Hvis Klagenævnet for Udbud eller domstolene erklærer Aftalen for ”uden virkning”, er FMI berettiget til at opsig Aftalen og enhver udestående Indkøbsordre. FMI er i så fald berettiget til at opsig i overensstemmelse med meddelelsen i den givne afgørelse. Aftalen og enhver udestående Indkøbsordre har i så fald ingen virkning fra tidspunktet, der er angivet i afgørelsen.

...

21 FORRANG OG FORTOLKNING

Aftalens bestemmelser erstatter enhver anden korrespondance mellem Leverandøren og FMI. I tilfælde af uoverensstemmelse mellem individuelle dokumenter i Aftalen, skal dokumenterne gælde i følgende rækkefølge:

1. Denne rammeaftale, eksklusive Appendiks C
2. Appendiks C
3. Enhver Indkøbsordre

Leverancen skal dog være i overensstemmelse med standarderne mv. angivet i Appendiks C, hvor disse standarder mv. overstiger kravene i Appendiks A.”

FMI har givet følgende oversigt over de tilpasninger af kravspecifikationen, der navnlig blev foretaget:

- Krav ID-nr. 16, om at læssemaskinen skal kunne medbringe drivmidler til 12 timers konstant arbejde med 75 % belastning, blev ændret fra et mindstekrav til et evalueringskrav.
- I Krav ID-nr. 27 blev ”elektronisk overvågning” ændret til ”indikator”.
- I Krav ID-nr. 44 blev reference ændret fra ”Hella VG969117 – A002” til ”Hella 8JB 001 935-051 eller tilsvarende”.
- Krav ID-nr. 54, om leveringstiden for læssemaskinen, blev ændret fra levering inden for otte måneder fra ordrebekræftelse til levering inden for 12 måneder fra modtagelse af indkøbsordre.
- Krav ID-nr. 60-62 blev tilpasset, således at ”z-kinematik” og ”parallelkinematik” blev ændret til ”Z-funktion” og ”parallelfunktion” efterfulgt af ”eller tilsvarende”.
- I Krav ID-nr. 74 blev det præciseret, at kravet blev stillet med henblik på at beskytte operatøren under anvendelse af bagmonteret spil.
- Krav ID-nr. 82, om belysning fra standard førerkabine, blev ændret, således at ”10 meter” blev ændret til ”12 meter”.
- Krav ID-nr. 102, om belysning fra den beskyttede førerkabine, blev ændret, således at ”10 meter” blev ændret til ”12 meter”.

- Krav ID-nr. 113 blev tilpasset, således at levering af den beskyttede førerkabine skulle ske inden for 24 måneder fra ”modtagelse af indkøbsordre” og ikke ”fra ordrebekræftelse”.
- Tilføjelse af Krav ID-nr. 123-125 vedrørende krav til pallegaflernes dimensioner.
- Krav ID-nr. 133 (i udbud nr. 1 Krav ID-nr. 130) blev ændret fra ”Leverandøren skal kunne levere reservehjul”, til ”Leverandøren skal kunne levere reserve/ekstrahjul”.
- I Krav ID-nr. 136 (i udbud nr. 1 Krav ID-nr. 133) blev leveringstiden for løst udstyr ændret fra 60 arbejdsdage fra ordrebekræftelse til 80 arbejdsdage fra modtagelse af indkøbsordre.
- Krav ID-nr. 140 (i udbud nr. 1 Krav ID-nr. 137), om levering af reservedele, blev tilpasset, således at ”fra ordrebekræftelse” blev ændret til ”fra modtagelse af indkøbsordre”.
- Krav ID-nr. 142 (i udbud nr. 1 Krav ID-nr. 139) blev ændret fra levering af betjeningsmanualer senest fire måneder inden levering af læssemaskinen til levering senest to måneder inden levering af læssemaskinen.
- Krav ID-nr. 148 (i udbud nr. 1 Krav ID-nr. 145), om levering af en liste over nødvendigt værktøj for vedligeholdelse, blev ændret fra levering senest fire måneder inden levering af læssemaskinen til levering to måneder inden levering af læssemaskinen.
- Krav ID-nr. 149 (i udbud nr. 1 Krav ID-nr. 146) blev ændret, således at leveringstiden for reservedelskatalog blev ændret fra levering senest fire måneder inden levering af læssemaskinen til levering to måneder inden levering af læssemaskinen.
- Krav ID-nr. 152 (i udbud nr. 1 Krav ID-nr. 149) blev ændret, således at leveringstiden for værkstedsmanualer blev ændret fra levering senest fire måneder inden levering af læssemaskinen til levering to måneder inden levering af læssemaskinen.

Den 17. juni 2022 skrev Zeppelin følgende til FMI:

”Ifm. Med jeres udbud på læssemaskiner, skal jeg hermed meddele jer, at Zeppelin Danmark A/S ikke agter at afgive tilbud på dette udbud. Pga. følgende:

- Den nuværende situation ser vi et marked hvor priserne ikke kan garanteres i længere perioder, og vi kan derfor ikke overholde det krav i ligger op til ift. vedståelse af priser.
- Ligeledes gælder det ift. levering af maskinerne. Vi kan ikke garantere at vi kan levere inden for den angivne periode, og vil derfor ikke løbe risikoen for at bliver ramt af bod i den forbindelse.
- De kravsspecifikationer i forlanger ift. beskyttet førerkabine er ikke noget som Cat pt. har i deres sortiment, og derfor skal de laves en hel ny kabine med dertil hørende crash test for at sikre at vi overholder ID 96 og 97. Dette er ikke muligt at lave inden for den angivne tidsperiode, og vi kan slet ikke når at få en pris herpå.
- Der er flere af kravsspecifikationerne hvor vi ikke opfylder mindste kravet, og alene af den grund er vi dømt ud på flere parametre.
- Det antal maskiner i vil garantere, står ikke i mål med de krav i stiller til os som leverandør ift. de setup vi skal levere og garantere til forsvaret.

Hvis forsvaret fortsat ønsker deltagelse fra Zeppelin Danmark, så vil jeg forslå at vi sætter et møde op, hvor vi præsenterer hvad vi har på hylderne af maskiner og løsninger, og under hvilke vilkår vi kan sælge disse maskiner. Så kan forsvaret holde dette op imod hvad andre kan, og ud fra dette tag beslutning om hvilken leverandør forsvaret ønsker at gå videre med.

...”

FMI modtog ingen tilbud inden for tilbudsfristen den 23. juni 2022.

Forhandlinger med Volvo

FMI har oplyst, at FMI umiddelbart efter tilbudsfristens udløb for udbud nr. 2 påbegyndte afsøgning af løsningsmuligheder, herunder ved at indlede en dialog med Volvo.

Den 27. juni 2022 skrev Volvo til FMI:

”...

Det er med stor beklagelse at vi ikke har været i stand til at tilbyde maskiner til Det Danske Forsvar jf. udbud/ Sags nr. 2016/102954 -2.

Årsagen er at det ikke har været muligt at indhente de nødvendige dokumenter, herunder certifikater, til de modificerede kabiner.

Rettighederne til disse dokumenter tilhører Det Svenske Forsvar og har ikke været tilgængelige for os i Volvo Entreprenørmaskiner A/S Danmark.

Vi har lagt rigtig mange ressourcer og tid i at lykkes og er derfor oprigtig kede af at det ikke har været muligt at fremskaffe de nødvendige dokumenter idet disse er det eneste vi mangler for at kunne færdiggøre udbudsmaterialet.

...”

FMI har oplyst, at der i forlængelse heraf blev afholdt et møde den 6. juli 2022 mellem FMI og Volvo. FMI har endvidere oplyst, at FMI i oktober 2022 havde en dialog med indkøbsstyrelsen for det svenske forsvar, Försvarets Materielverk, som tidligere havde fået leveret beskyttede førerkabiner til det svenske forsvars læssemaskiner. Försvarets Materielverk oplyste, at de ikke havde de immaterielle rettigheder til førerkabinerne og henviste FMI til den virksomhed, der leverede de beskyttede førerkabiner til det svenske forsvar. Kort tid derefter tog FMI, i samarbejde med Volvo, kontakt til virksomhedens moderselskab, der havde rettighederne til udvikling af de beskyttede førerkabiner, om muligheden for at udvikle de beskyttede førerkabiner.

Den 13. februar 2023 afgav Volvo et estimeret prisoverslag i dokumentet ”Grovpris på udvikling, test og produktion af maskine og kabine” på læssemaskiner af typen L90H med standard førerkabine samt udvikling, test og produktion af beskyttet førerkabine. Prisoverslaget indeholdt en enhedspris for den første beskyttede førerkabine samt en enhedspris for efterfølgende køb af den beskyttede førerkabine.

Af prisoverslaget fremgår følgende om det estimerede tidsforbrug i måneder på udvikling, test og produktion af kabine:

”

...

Udvikling, test og produktion af kabine

		Estimeret tidsforbrug (mdr)
Udvikling, test og produktion af første, pansret kabine		
Rhein-Metall		
	Oversættelse/gennemgang/analyse af tilgængelige, tekniske data fra Sverige	3
	Design, udvikling og test	6
	Mock-up	
	Prototype for godkendelse og egnethed (anbefalet) - inkl. miljømæssig, sprængningstest af køretøj og ballistiske test	12
Swecon		
	- Estimere tidshorizont	12-15 (inkl. i total)
	- Integration af ingeniørarbejdet, delvist sammen med RPS (Rheinmetall Protection System)	
	- Mock-up	
	- Prototype for evaluering og godkendelse	
	- Integration af landmine-beskyttelse	
		21 Total
Produktion af efterfølgende kabiner (pr. stk.)		
	Produktion af 1 stk. førerkabine efter test og godkendelse af prototype af FMI (forventet produktionstid for efterfølgende godkendelse)	8 (lead time)

...”

I perioden 17. februar 2023 – 19. april 2024 blev der afholdt 15 møder mellem FMI og Volvo. Møderne blev ifølge mødereferaterne afholdt på følgende datoer: 17. februar 2023, 24. marts 2023, 14. april 2023, 28. april 2023, 17. maj 2023, 26. maj 2023, 15. september 2023, 29. september 2023, 27. oktober 2023, 10. november 2023, 13. december 2023 (afprøvning LÆMA), 9. februar 2024, 20. marts 2024, 12. april 2024 og 19. april 2024.

Af mødereferat af 17. februar 2023 fremgår bl.a.:

”Mulige konfigurationer af læssemaskiner: L90H eller L110H jf. RFI besvarelse, hvor sidstnævnte er ikke konditionsmæssig som følge af tilladt totalvægt på 20T overstiger FMI M-krav på 18T.

...

2.4 Eksportlicens

Volvo afventer Svensk Eksport Råds behandling af ansøgning om eksportlicens. Der kan ikke gives et nærmere estimat af tidshorizonten for behandling, da dette ligger udenfor Volvo's kontrol.

FMI anmodede om at få oplyst en POC og sagsreference ved Svensk Eksport Råd mhhb. at tilskynde sagsbehandlingen.”

Af mødereferat af 14. april 2023 fremgår bl.a.:

”FMI arbejder på at oversætte en række spørgsmål til ... vedr. pansring. FMI forventer at have dette klart næste uge og fremsender dette til Volvo, som kan viderefordre det.

...

Spørgsmål til ... er sendt til Volvo. Volvo kontakter ... i uge 16 med anmodning om en svarfrist for behandling af de stillede spørgsmål.”

Af mødereferat af 28. april 2023 fremgår bl.a.:

”Eksportlicensen har ikke været fremsendt korrekt fra Volvo. Dette er sket nu og der er hermed kommet den fornødne fokus fra Volvo Sverige /Legal. Volvo forventer at sagen er læst inden for ganske få uger.

...

Kontakten til ... er vanskelig, da ... ikke svarer på henvendelser. Fastsættelse af priser for pansring, IPR rettigheder, krav til test mv er en forudsætning for indgåelse af kontrakt med Volvo.

Volvo skal sikre kontakten til ... for svar på mail fra FMI.”

Af mødereferat af 26. maj 2023 fremgår bl.a.:

”Volvo informerede at de mangler dokumentations- og tegningsmateriale, deadline udsat.”

Af mødereferat af 15. september 2023 fremgår bl.a.:

”FMI arbejder på at dele aftalen op i to dele, således at civile læssemaskiner kan anskaffes først og efterfølgende kan de pansrede førerkabiner anskaffes på en separat aftale.”

Af mødereferat af 29. september 2023 fremgår bl.a.:

”FMI arbejder fortsat på at dele aftalen op i to dele. Der pågår et større arbejde i FMI med at få en juridisk risikovurdering på plads som kan danne grundlag for en kontrakt.

...

Volvo DK har indikationer på at primært det svenske forsvar, men også det norske overvejer opgradering af LÆMA flåden, inklusive beskyttelse.

FMI forhører i de operative kanaler om dette kan bekræftes.”

Af mødereferat af 27. oktober 2023 fremgår bl.a.:

”Der er lavet en forespørgsel internt i FKO om typevalg. Mangler svar særligt omkring typevalg til flyvestationerne.

...

FMI kobler sine kompetencepersoner på, således Volvo kan få sparring til typevalg.

Volvo leverer en oversigt over vægt/frivægt i forhold til en max tilladt totalvægt på 18.000 Kg. Oversigten skal danne grundlag for FKO's valg af model.

...

FMI har fremsendt invitation til ... vedr. afklarende møde i DK for beskyttede førerkabine. Intet svar pt., så FMI rykker ... for svar."

Af mødereferat af 10. november 2023 fremgår bl.a.:

"Status på F.1 fra MoM: Intet nyt. FMI sender rykker til

"Volvo forslår at afholde en test på L90 mhp. at afdække behov til brug på flyvestationer og/eller ophold i Grønland. Alternativt L110 ..."

Den 13. december 2023 blev der foretaget en afprøvning af læssemaskine af størrelsen L90H. Det blev i den forbindelse konstateret, at læssemaskinen overholdt Krav ID-nr. 29 om maksimalt akseltryk og Krav-ID nr. 30 om totalvægt, men at læssemaskinen ikke overholdt kravene, når der var monteret snefræser, eller når samtlige funktioner var installeret.

Af mødereferat af 19. april 2024 fremgår bl.a.:

"Volvo tilbud skal opdateres, således at det afspejler FSV standardkonfiguration, herunder angivelse af pris for individuelle items, der indgår i FSV standardkonfiguration. Volvo fremsender opdaterede tilbud til FMI, senest tirsdag den 23 april 2024 ...

Volvo fremsender e-mail med en leveringsplan for initialanskaffelsen på 2 stk. L70H2 og 3 stk. L90H2, som er afstemt med Volvos produktionslinje."

Volvos tilbud

I Volvos tilbud indgår følgende dokumenter: Appendiks C, Appendiks C.1 (Leverandørens tilbud – priser) (delvis udfyldt), Anneks 1-3 angående tre specifikke konfigurationer på to forskellige størrelser læssemaskiner med til-

behør, prisoverslag på beskyttet førerkabine (som afgivet af Volvo under forhandlingerne), prisoverslag af 13. februar 2023 og revideret tilbud af 13. februar 2024.

Volvo tilbød to vægtklasser, L70H og L90H, som var udstyret med en kombinationsløsning med z- og parallelfunktion.

Af Appendiks C, Leverandørens tilbud, der indgik som underbilag til rammeaftalen, fremgår bl.a., at Volvo havde svaret ja til opfyldelse af kravene i kravspecifikationen.

Volvo havde i Appendiks C, pkt. 4, Kravspecifikation, bl.a. indsat følgende bemærkninger under rubrikken ”Tilbudsgivers bemærkninger”:

Krav ID-nr. 29: Dimensioner

”LÆMA skal i arbejds- og køreklar stand inkl. beskyttelse ikke have et akseltryk der overstiger 10 tons.”

Bemærkning:

”Pansring af førerkabine kan påvirke dette”

Krav ID-nr. 30: Dimensioner

”LÆMA skal i arbejds- og køreklar stand inkl. beskyttelse have en totalvægt på 18 tons eller mindre.”

Bemærkning:

”Pansring af førerkabine kan påvirke dette”

Krav ID-nr. 90: Førerkabine - opbevaring

”LÆMA skal have mulighed for yderligere vandtæt opbevaring af:

- Rastudstyr: 60x40x30cm, vægt 6kg.
- Daypack: 50x35x25 cm, vægt 25 kg
- CBRN-udrustning: 40x40x30cm, vægt 8kg.
- Rygsæk/paksæk: 75x45x30cm, vægt 25kg.
- Feltration: 20x17x13cm, vægt 1,7kg
- Vand: 2 x (15x20x20cm), vægt 6 kg.

Bemærk: Dette kunne eventuelt være på et eller flere opbevaringssteder uden for førerkabinen.”

Bemærkning:

”Dette bliver samlet opbevaring i løs og flytbar enhed”.

Krav ID-nr. 92: Beskyttelsesniveau og Krav ID-nr. 93-114: Beskyttet førerkabine

Bemærkning:

”Endelig løsning for beskyttet førerkabine er stadig under udarbejdelse”

Volvos priser fremgik af Appendiks C.1 og Anneks 1-3, der var underbilag til Appendiks C.1, og indeholdt oplysninger samt priser på læssemaskinen. Anneks 1 og 2 vedrører læssemaskinen L70H, mens Anneks 3 vedrører L90H. I Appendiks C.1 havde Volvo oplyst selvstændige priser på løst udstyr, reservedele, tjenesteydelser, samt service. Volvo havde ikke udfyldt priserne for læssemaskiner og prisen for beskyttet førerkabine i Appendiks C.1. Priserne for læssemaskiner fremgik af Anneks 1-3, mens prisen for beskyttet førerkabine fremgik af prisoverslag af 13. februar 2023.

Volvos tilbud indeholdt ikke en pris på selvrensende vinterdæk under løst udstyr i Appendiks C.1 eller i Anneks 1-2. Volvo havde desuden ikke oplyst pris på maskinsimulator under løst udstyr i Appendiks C.1.

I Anneks 1 og 2 angående L70H havde Volvo anført bl.a. følgende:

”Design og beskyttelsesniveau for beskyttede førerkabiner skal afklares fra FMI/Ekstern leverandør/ Volvo CE, og vil have indflydelse på pris og leveringstid, de 12 mdr. leveringstid er ikke gældende.”

Rammeaftalen

FMI og Volvo indgik den 16. maj 2024 en rammeaftale om levering af læssemaskiner til Forsvaret og tilhørende beskyttelse, løst udstyr, logistik og vedligeholdelse, dokumentation og tjenesteydelser. Rammeaftalen omfattede læssemaskinerne L70H og L90H, som Volvo havde afgivet tilbud på.

Ved ordretildelingsbekendtgørelse nr. 366701-2024 af 19. juni 2024, offentliggjort den 20. juni 2024, meddelte FMI, at FMI havde indgået aftale med Volvo.

Af bekendtgørelsen fremgår bl.a.:

”2.1. Procedurer

...

Beskrivelse: Leverancer af læsemaskiner til Forsvaret og tilhørende beskyttelse, løst udstyr, logistik og vedligeholdelse, dokumentation og tjenesteydelser. Initialkøb: Ved indgåelse af aftalen bestiller FMI 5 (fem) læsemaskiner med standard førerkabine.

...

Udbudsprocedure: Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse

Hovedpunkterne i proceduren: FMI er overgået til udbud med forhandling, da FMI ikke modtog nogen konditionsmæssige tilbud.

...

6. Resultater

...

Direkte tildeling:

Begrundelse for direkte tildeling:

Der er ikke modtaget nogen egnede tilbud, ansøgninger om deltagelse eller ansøgninger som svar på en foregående bekendtgørelse

Anden begrundelse: FMI er overgået til udbud med forhandling, da FMI ikke modtog nogen konditionsmæssige tilbud.”

Af FMI's compare-version af rammeaftalen og dennes Appendiks E, Prisregulering, fremgår bl.a.:

”1. PRISREGULERING

1.1 Vilkår for regulering af priser

...

Efter udløbet af denne periode kan prisregulering for løst udstyr, reservedele og tjenesteydelser ske

1 (en) gang årligt. Prisregulering kan kun finde sted for fremtidige ~~priser~~ indkøbsordre, -----

...

1.2 Indeks og formel for prisregulering

...

Prisreguleringen for læsemaskiner og reservedele i Appendiks C.1 sker i henhold til ~~OECD.stat~~[EUROSTAT](#).

Name/source: ~~OECD, Prices and Purchasing Power Parities, Consumer and Producer Price Indices, Producer Prices, Producer Prices:~~ [prices in industry, domestic market - quarterly data \(sts_inpp_q\)](#)

Country: ~~Producers country if available, otherwise OECD or Europa Total:~~

Subject: ~~Economic Activities~~ [Country: Denmark](#)

INDIC BT: Domestic ~~Producer Prices~~ [output price index - in national currency](#)

NACE R2: ~~C Manufacturing-~~

Measure: ~~Index, quarterly~~

Unit ~~S~~ [ADJ: Unadjusted data \(i.e. neither seasonally adjusted nor calendar adjusted data\)](#)

UNIT: ~~Index 2015 = 100~~

...”

FMI har oplyst, at rammeaftalen med Volvo herudover adskilte sig på følgende punkter fra udbudsmaterialet under udbud nr. 2:

I rammeaftalens pkt. 6, Priser og betalingsbetingelser, blev der tilføjet følgende tekst:

”6.1 Generelt

...

Køberen er berettiget til at genforhandle den oplyste rå-pris for udvikling og produktion af den ballistisk beskyttede førerkabine, når endelig beskyttelsesniveau, materialevalg og testplan er besluttet.”

I rammeaftalens pkt. 9, Leverandørens organisation og underleverandører, blev der tilføjet følgende tekst:

”Leverandøren har fuldt og helt, system- og integrationsansvar for leverancer af læsemaskiner, herunder leverancer af ballistisk beskyttede førerkabiner.”

Til rammeaftalen blev der samtidig tilføjet et Special-appendiks 11, FMI ret til revision, og Special-appendiks 11.1, FMI Prisfastsættelsesprincipper.

Af Special-appendiks 11 fremgår bl.a.:

”1. INDLEDNING

Bestemmelserne i dette anneks/appendiks (herefter samlet benævnt ”Bilag”) om FMI ret til revision finder anvendelse på Leverandørens prisfastsættelse af produkter eller ydelser, som FMI erhverver eller har til hensigt at erhverve fra Leverandøren til fastpriser, der kan forhandles, eller fastprissatser og -elementer, der kan forhandles.

Bestemmelserne finder endvidere anvendelse på produkter eller ydelser, som FMI erhverver eller har til hensigt at erhverve fra Leverandøren på grundlag af en rammeaftale eller en indkøbsordre (herefter samlet benævnt ”Kontrakt”), hvor den endelige købspris er baseret på Leverandørens registrerede faktiske omkostninger i forbindelse med opfyldelsen af Kontrakten.

Hvis FMI senere erhverver eller har til hensigt at erhverve andre produkter og ydelser fra Leverandøren, der ikke har været underlagt og prissat via en udbudsproces, og som har en sammenhæng med de produkter eller ydelser, der er omfattet af Kontrakten (eksempelvis med henblik på videreudvikling, opdatering eller tilpasning af de leverancer, der er omfattet af Kontrakten), vil bestemmelserne også omfatte sådanne øvrige produkter og ydelser, der ikke er prissat i den oprindelige Kontrakt.

Bestemmelserne finder ikke anvendelse på priser, der er endeligt fastsat ved en udbudsprocedure.

2. REVISIONSRETEN

2.1 Revision

FMI har ret til at iværksætte revision af samtlige data og øvrige forhold, der angår Leverandørens prisfastsættelse af tilbuddet eller Kontrakten. ...

2.2 Revision af Underleverandører

Hvis Leverandøren til brug for Kontrakten med FMI eller har til hensigt at købe produkter eller ydelser fra en ekstern underleverandør til en samlet værdi af mere end EUR 300.000 ekskl. moms, og aftalen med underleverandøren ikke har været konkurrenceudsat, påhviler det Leverandøren at sikre, at bestemmelserne i dette Bilag også gælder i aftaleforholdet mellem Leverandøren og underleverandøren.

...

5. LEVERANDØRENS AVANCE

Ved Kontraktens indgåelse aftales mellem Parterne en beregningsformel og/eller et maksimum for den avance, der kan indregnes i Leverandørens priskalkulation. Avancen kan kun beregnes på baggrund af de ved revisionen accepterede og tilladte omkostninger. Omkostningsgrundlaget for avancen må ikke medtage licens- og royaltyomkostninger samt interne avancer. Avancen må ikke overstige ... % (... procent) af det ved revisionen accepterede avancegrundlag.”

Af Special-appendiks 11.1 fremgår bl.a.:

”1. INDLEDNING

FMI prisfastsættelsesprincipper finder anvendelse på Leverandørens prisfastsættelse af produkter og ydelser, som FMI erhverver eller har til hensigt at erhverve fra Leverandøren på grundlag af en kontrakt, en rammeaftale eller en indkøbsordre (herefter samlet benævnt ”Kontrakt”), og som er underlagt bestemmelserne i hovedbilaget (FMI ret til revision).”

Bestillinger og leveringer på rammeaftalen

Ved indkøbsordrer af 27. juni 2024 bestilte FMI to L70H læssemaskiner uden beskyttet førerkabine til Hæren til levering den 31. juli 2025.

Ved indkøbsordrer af 1. juli 2024 bestilte FMI tre L90H læssemaskiner uden beskyttet førerkabine til Flyvevåbnet til levering den 16. december 2024.

Ved indkøbsordrer af 2. september 2024 bestilte FMI seks L70H læssemaskiner uden beskyttet førerkabine til Hæren, hvoraf én skulle leveres den 30. september 2025, én skulle leveres den 31. oktober 2025, to skulle leveres den 28. november 2025, og to skulle leveres den 30. december 2025.

Læssemaskinerne bestilt ved indkøbsordrer af 1. juli 2024 blev leveret den 19. november 2024, 25. november 2024 og 11. december 2024.

Ved indkøbsordrer af 25. februar 2025 bestilte FMI yderligere fire L70H læssemaskiner uden beskyttet førerkabine til Hæren til levering den 27. februar 2026 og 5. juni 2026.

Læssemaskinerne bestilt ved indkøbsordrer af 27. juni 2024 blev leveret den 10. juli 2025.

Læssemaskinerne

Af FMI's oversigt over Volvos læssemaskiner fremgår følgende:

” ...

L70H & L90H:



L70H

◊ Stage V / Tier 4f
 ⚖ 1,8 - 6,4 m³
 ⚖ 12.700 - 15.500 kg
 ⚖ 8.700 kg

L110H & L120H:



L110H

◊ Stage V / Tier 4f
 ⚖ 2,6 - 9,5 m³
 ⚖ 18.000 - 20.700 kg
 ⚖ 11.800 kg



L90H

◊ Stage V / Tier 4f
 ⚖ 2,2 - 7 m³
 ⚖ 14.500 - 17.300 kg
 ⚖ 10.100 kg



L120H

◊ Stage V / Tier 4f
 ⚖ 2,6 - 9,5 m³
 ⚖ 19.000 - 21.600 kg
 ⚖ 12.500 kg

...”

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

FMI har gjort gældende, at klagen ikke er indgivet rettidigt, idet en klage over en rammeaftale tildelt som følge af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse skal indgives inden for 45 dage, efter at ordregiver har offentliggjort en ordretildelingsbekendtgørelse, jf. klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1. Rammeaftalen mellem FMI og Volvo blev indgået den 16. maj 2024, og ordretildelingsbekendtgørelsen blev indrykket den 20. juni 2024. Klagefristen efter klagenævnslovens § 7, stk. 2,

nr. 1, udløb derfor den 5. august 2024. Klagen er indleveret den 15. november 2024 og er således indleveret efter fristens udløb.

Det fremgår af ordlyden af § 7, stk. 2, nr. 1, at bestemmelsen omfatter ”klage over udbud eller beslutninger omfattet af udbudslovens afsnit II eller III”, hvilket også omfatter udbudsproceduren i § 80, stk. 1, nr. 1. For at udløse klagefristen kræves alene, at ordregiver har offentliggjort en ordretildelingsbekendtgørelse.

Klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3, finder ikke anvendelse, da bestemmelsen forudsætter, at der har været gennemført et udbud. Bestemmelsen omfatter dermed ikke en situation, hvor en rammeaftale er blevet tildelt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Hvis fristen i klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3, finder anvendelse ved klager over direkte tildelte rammeaftaler, gøres det subsidiært gældende, at klagefristen er overskredet for så vidt angår initialkøbet af de fem læssemaskiner, idet klagefristen for dette køb må beregnes på grundlag af klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1.

Klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3, angår klager over selve rammeaftalen og ikke de kontrakter, der indgås på baggrund af rammeaftalen. Selvom initialkøbet er indgået på baggrund af rammeaftalen, skal indkøbet betragtes som en kontrakt i klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1's forstand, og klagefristen for de kontrakter, der tildeles på rammeaftalen, beregnes derfor med udgangspunkt i denne bestemmelse.

FMI's ordretildelingsbekendtgørelse af 19. juni 2024 omfattede ikke kun rammeaftalen, men også initialanskaffelsen angående fem læssemaskiner med standard førerkabine. Der er ingen bestemmelser i udbudsloven som foreskriver, at en ordregiver ikke kan offentliggøre en tildeling af en rammeaftale og en kontrakttildelelse i samme bekendtgørelse.

Ved offentliggørelsen af ordretildelingsbekendtgørelsen den 20. juni 2024 aktiverede FMI således 45-dages-fristen i klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1. Fristen for klager over initialkøbet udløb derfor den 5. august 2024, og klagen er dermed ikke indgivet rettidigt for så vidt angår initialkøbet.

Zeppelin har gjort gældende, at klagen er indgivet rettidigt, jf. klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3.

Klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1, er hovedreglen for klager over indgåelse af kontrakter, mens § 7, stk. 2, nr. 3, er hovedreglen for klager over indgåede rammeaftaler. Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i henhold til udbudslovens § 80, stk. 1, er ikke eksplicit nævnt i klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1, og det er derfor mest nærliggende, at en situation, hvor der er indgået en rammeaftale uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, hører til i § 7, stk. 2, nr. 3, der omhandler rammeaftaler.

Der er ikke lovgrundlag for at fastslå, at FMI's bestilling af fem læssemaskiner skal betragtes som en selvstændig kontrakt, og at der dermed skal gælde en anden klagefrist end for selve rammeaftalen. Aftalen om initialkøbet af fem læssemaskiner blev indgået på baggrund af rammeaftalen. FMI har ikke offentliggjort en særskilt bekendtgørelse vedrørende dette indkøb. Bestillingen af de fem læssemaskiner blev derimod offentliggjort i bekendtgørelsen om indgået rammeaftale. Der er derfor en sådan "tilknytning" mellem rammeaftalen og bestillingen af fem læssemaskiner, at der ikke gælder forskellige klagefrister, og der er derfor heller ikke for bestillingen af de fem læssemaskiner grundlag for at afvise klagen.

Ad påstand 1

Zeppelin har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling ved at have ladet udbuddet overgå til udbud med forhandling alene som følge af FMI's egne forhold og efterfølgende have foretaget direkte tildeling af rammeaftalen til Volvo uden gennemførelse af en udbudsprocedure.

FMI har ikke i udbudsbekendtgørelsen specifikt henvist til, med hvilken hjemmel FMI lod udbuddet overgå til udbud med forhandling. Direkte tildeling af en kontrakt eller rammeaftale uden gennemførelse af en udbudsproces må kun anvendes i de undtagelsestilfælde, der er angivet i udbudsloven. En ordregiver kan bl.a. anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud af bl.a. vareindkøbskontrakter ikke er modtaget nogen ansøgninger eller tilbud, jf. udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1.

Det fremgår af bemærkningerne til udbudsloven, at udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er en undtagelse i forhold til de øvrige udbudsformer og derfor kun anvendelig under ganske særlige omstændigheder. EU-Domstolen har også om den tilsvarende bestemmelse i det tidligere udbudsdirektiv fastslået, at bestemmelsen skal fortolkes restriktivt.

Udtrykket ”i forbindelse med” i udbudslovens § 80, stk. 1, forudsætter en tidsmæssig sammenhæng mellem tilbudsfristens udløb, hvor det konstateres, at der ikke er indkommet nogen tilbud, og opstarten af forhandlinger. Henset til den restriktive fortolkning af udbudslovens § 80, stk. 1, vil anvendelse af bestemmelsen forudsætte, at der skal indledes reelle forhandlinger med den eller de valgte tilbudsgiver(e) umiddelbart efter tilbudsfristens udløb.

Der gik otte måneder fra den 23. juni 2022, hvor FMI konstaterede ikke at have modtaget nogen tilbud, til den 17. februar 2023, hvor det første møde mellem FMI og Volvo ifølge referatet af samme dato blev afholdt, og hvor der således blev indledt reelle forhandlinger. Dette er meget lang tid til at forberede og planlægge forhandlingerne med Volvo, og forhandlingerne kan ikke betragtes som værende ”i forbindelse med” ikke at have modtaget tilbud.

Det er udokumenteret, at FMI allerede den 6. juli 2022 afholdt et møde med Volvo, og at de indledende drøftelser fortsatte, indtil parterne overgik til realitetsforhandlinger primo 2023. Der var således reelt ikke nogen tidsmæssig sammenhæng, og allerede derfor er FMI's anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse ikke berettiget.

Overgang til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 1, kan kun ske i det omfang, en ordregiver ikke selv kunstigt har skabt situationen, hvor der ikke blev indgivet nogen tilbud efter gennemført udbudsprocedure. En ordregiver må således ikke kunstigt indsnævre konkurrencen ved at stille urealistiske krav.

En ordregiver har et ganske vidt skøn ved fastlæggelsen af de krav og vilkår, der skal gælde for en erhvervelse under udbudsreglerne. Dette skal dog ske under overholdelse af de grundlæggende udbudsretlige principper. En del af formålet med udbudsreglerne er at konkurrenceudsætte offentlige erhvervelser, hvilket ikke sker, hvis en ordregiver kunstigt indsnævrer konkurrencen og fastlægger krav og vilkår, således at der i princippet kun er én potentiel

tilbudsgiver, der kan afgive tilbud på opgaven. Dette er i strid med de grundlæggende principper. Selvom en ordregiver ikke har pligt til at sikre, at aktører på markedet kan opfylde de fastsatte krav, har ordregiver pligt til at sørge for effektivt at konkurrenceudsætte sine indkøb.

FMI var vidende om de indsigelser, tilbudsgiverne havde til krav og vilkår i udbud nr. 1. Det er ikke korrekt, at FMI foretog væsentlige ændringer mellem udbud nr. 1 og udbud nr. 2. FMI foretog primært mindre ændringer, og der blev reelt ikke foretaget ændringer i relation til de forhold, som tilbudsgiverne havde problematiseret i deres tilbagemeldinger.

Leverancen blev således reelt ikke konkurrenceudsat ved det andet udbud, da FMI valgte fortsat at stille krav, som tilbudsgiverne ikke kunne eller ville indgive tilbud på baggrund af, hvorved der reelt kun var en enkelt potentiel tilbudsgiver, Volvo, som allerede i 2021 påstod at kunne levere beskyttede førerkabiner. Der er flere aktører på markedet for læssemaskiner, som vil kunne levere læssemaskinerne til FMI, og som vil være interesserede i at deltage i et udbud, forudsat at de stillede krav og betingelser er realistiske at opfylde.

FMI burde som en del af de indledende markedsundersøgelser og sondringer have overvejet de samfundsmæssige omstændigheders påvirkning af udbud nr. 1 og udbud nr. 2, da FMI af tilbudsgiverne var blevet gjort opmærksom på de udfordringer, der var i markedet på daværende tidspunkt.

FMI har således ved at stille urealistiske krav bevidst bragt sig i den situation, at FMI ikke modtog nogen tilbud, hvorved FMI kunne overgå til udbud med forhandling med Volvo. FMI har på den baggrund handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have ladet udbuddet overgå til forhandling alene som følge af FMI's egne forhold og efterfølgende foretage en direkte tildeling uden gennemførelse af en udbudsprocedure.

FMI har gjort gældende, at FMI var berettiget til at overgå til udbud med forhandling i medfør af udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1.

Bestemmelsen fastsætter, at en ordregiver kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud ikke er modtaget nogen ansøgninger eller tilbud.

Klagenævnet har adskillige gange bekræftet, at en ordregiver har en meget høj frihedsgrad til at fastsætte kravene til den udbudte ydelses egenskaber og kvalitet, jf. f.eks. klagenævnets kendelser af 29. juli 2015, New Mind TellUs AS mod Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark; af 20. marts 2018, Tunstall A/S mod Københavns Kommune Sundheds- og Omsorgsforvaltningen og Socialforvaltningen; af 6. september 2017, KMD A/S mod Esbjerg Kommune; af 18. september 2015, Staples Denmark A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S; og af 8. april 2011, IBM Danmark ApS mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S. Ordregiver er ikke forpligtet til sikre, at alle aktører på markedet kan opfylde de fastsatte krav.

FMI forsøgte ad to omgange at udbyde kontrakten ved offentligt udbud. Forud for begge udbud gennemførte FMI en grundig markedsafdækning med henblik på at identificere, om leverandørerne på markedet var i stand til at opfylde FMI's behov. FMI havde på baggrund af markedsundersøgelsen forud for udbud nr. 1 en berettiget forventning om, at i hvert fald fire ud af seks leverandører ville være i stand til at opfylde kontrakten. På grundlag af de dialogmøder, FMI afholdt med de relevante leverandører i perioden januar til februar 2022, herunder med Zeppelin, foretog FMI en række justeringer i kravspecifikationen for at imødekomme leverandørernes bemærkninger og for derved at sikre en effektiv konkurrenceudsættelse ved at gøre det endnu mere attraktivt for de relevante leverandører at afgive tilbud på rammeaftalen. FMI tilrettelagde ikke udbuddet således, at der kun var en enkelt leverandør, som kunne levere i overensstemmelse med kravene.

FMI tilpassede en lang række krav i udbud nr. 2. FMI forlængede bl.a. leveringstiden for læssemaskinerne fra otte til 12 måneder, som var et af de krav, leverandørerne havde problematiseret i forbindelse med dialogmøderne mellem udbud nr. 1 og udbud nr. 2. Det er ikke korrekt, at der alene blev foretaget mindre væsentlige ændringer.

FMI har således bestræbt sig på at gøre, hvad der var muligt for at sikre effektiv konkurrenceudsættelse uden samtidig at gå for meget på kompromis med Forsvarets behov og herved de krav, som blev stillet til læssemaskinerne egenskaber.

På trods af tilpasninger af udbudsmaterialet meddelte Zeppelin først den 17. juni 2022, at virksomheden af nærmere angivne grunde ikke agtede at afgive tilbud.

Kravet om faste priser er helt sædvanligt, og spørgsmålet om Zeppelin fandt aftalen kommercielt attraktiv, var alene Zeppelins eget forhold. Den krævede leveringstid på 12 måneder for læssemaskinen og 24 måneder for den beskyttede kabine, jf. Krav ID-nr. 54 og Krav ID-nr. 113, var i overensstemmelse med de input, FMI havde modtaget fra markedet, idet FMI netop tilpassede leveringstiderne mellem udbud nr. 1 og udbud nr. 2 og herunder forlængede leveringstiden for læssemaskinen fra otte til 12 måneder. Den krævede leveringstid på 24 måneder for den beskyttede førerkabine var således helt på linje med de indkomne generelle input fra markedet. Det forhold, at en beskyttet førerkabine ikke er en del af Zeppelins sortiment, gør ikke kravet ulovligt. Zeppelin tilkendegav i sin e-mail af 17. juni 2022, at der desuden var flere mindstekrav, som virksomheden ikke kunne opfylde. Zeppelin ville således – uanset de øvrige indsigelser – under alle omstændigheder ikke have været i stand til at afgive tilbud på rammeaftalen. Det er et rent kommercielt forhold, om Zeppelin finder aftalen kommercielt attraktiv. Det forhold, at Zeppelin ikke anså kontrakten for kommercielt attraktiv, indebærer således ikke, at kravspecifikationen var udformet i strid med de udbudsretlige regler, jf. herved også klagenævnets kendelse af 8. april 2011, IBM Danmark ApS mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Den udbudte rammeaftale, herunder kravspecifikationen, var resultatet af en grundig og velovervejet proces, som var tilrettelagt med henblik på at sikre den størst mulige konkurrenceudsættelse, og FMI havde således fuldt ud iagttaget og handlet inden for rammerne af de grundlæggende principper i udbudslovens § 2. Det skyldes derfor ikke FMI's egne forhold, at der ikke indkom tilbud.

FMI har godtgjort, at de stillede krav var rimelige og proportionale, og at FMI forsøgte at sikre en effektiv konkurrenceudsættelse ved at imødekomme leverandørernes bemærkninger under begge udbud. Kravene til anskaffelsen er uændrede i rammeaftalen med Volvo, og Volvo har forpligtet sig til at opfylde disse krav. Det er svært at forestille sig, at en virksomhed vil underskrive en aftale indeholdende forpligtelser, som denne betragter som urealistiske. Zeppelin har bevisbyrden for at påvise, at de fastsatte krav er usaglige.

Dette har Zeppelin ikke bevist, og Zeppelins argumenter synes snarere at antyde, at det er ordregiver, der er forpligtet til at tilpasse kravene efter markedet, fremfor at markedet skal opfylde ordregivers saglige behov.

Ordregiver kan ikke pålægges en forpligtelse til at inddrage ”samfundsmæssige omstændigheders påvirkning” ved tilrettelæggelsen af udbuddet. Udbudsloven indeholder ingen bestemmelser, der forpligter ordregiver til at tage hensyn til bredere samfundsmæssige faktorer, og en sådan forpligtelse ville også være forbundet med betydelig usikkerhed i forhold til omfanget og anvendelsen.

Efter ordlyden af udbudslovens § 80, stk. 1, og forarbejderne hertil er der ikke grundlag for at antage, at anvendelsen af proceduren forudsætter, at ordregiver indleder realitetsforhandlinger med en tilbudsgiver på et bestemt tidspunkt efter tilbudsfristens udløb i det forudgående offentlige udbud.

Udtrykket ”i forbindelse med” i bestemmelsens ordlyd angiver alene en kausal relation til det forudgående offentlige eller begrænsede udbud og er uden en tidsmæssig sammenhæng. Udtrykket ”i forbindelse med” anvendes også en række andre steder i udbudsloven, eksempelvis §§ 4, 5, 21 og 39, uden at dette har en tidsmæssig afgrænsning. I udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, fremgår udtrykket endda i en tilsvarende sammenhæng som i § 80, stk. 1, nr. 1, hvilket også klart viser, at udtrykket alene anvendes i forhold til den kausale relation. Havde lovgiver ønsket at præcisere en strengt tidsmæssig afgrænsning, kunne udtryk som ”umiddelbart efter” eller ”inden for en bestemt periode” have været anvendt. Dette er eksempelvis tilfældet i udbudslovens § 16.

I udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, er en sådan tidsmæssig sammenhæng ikke indsat. En fortolkning af bestemmelsen, hvor ordregiver vil være forpligtet til at indlede realitetsforhandlinger kort tid efter tilbudsfristens udløb, vil i øvrigt være uhensigtsmæssig, idet en ordregiver sædvanligvis vil være nødsaget til at planlægge forhandlingsforløbet, afdække hvilken tilbudsgiver ordregiver ønsker at indlede forhandlinger med, ligesom en ordregiver vil skulle træffe formel beslutning om at overgå til udbud med forhandling, hvilket ofte forudsætter forskellige juridiske afvejninger og interne godkendelsesprocedurer.

FMI har ikke forholdt sig passivt i månederne efter tilbudsfristen. FMI indledte umiddelbart efter tilbudsfristen for udbud nr. 2 en undersøgelse af potentielle løsningsmuligheder, og allerede den 6. juli 2022, hvilket var under 14 dage efter tilbudsfristen, blev der afholdt et første sonderingsmøde mellem FMI og Volvo. FMI indledte drøftelserne med Volvo med henblik på at afdekke de bedste løsningsmuligheder efter udbud nr. 2. Der er intet usædvanligt ved, at et forhandlingsforløb indebærer indledende uformelle afklaringer og sonderinger, som ikke nødvendigvis afføder et egentligt skriftligt forhandlingsreferat, og et sådan kan derfor heller ikke fremlægges. Efter sommerferien gennemførte FMI de nødvendige interne juridiske og kommercielle afklaringer vedrørende overgang til udbud med forhandling med henblik på direkte tildeling, og i september 2022 kontaktede FMI Försvarets Materielverk. De indledende drøftelser fortsatte med Volvo, indtil parterne overgik til realitetsforhandlinger primo 2023.

FMI foretog nødvendige tiltag forud for indledningen af forhandlingerne med Volvo med henblik på at sikre en forsvarlig proces. Det kan ikke komme en ordregiver til skade, at ordregiver prioriterer at bruge tid på at planlægge og tilrettelægge forhandlingerne forsvarligt. En periode på otte måneder er på ingen måde usædvanlig i en kompleks udbudsproces, hvor der skal foretages en forsvarlig og velovervejet håndtering af den opståede situation. Zeppelin har ikke dokumenteret eller underbygget, at en periode på otte måneder i sig selv må anses for at være uproportional eller uberettiget.

Ad påstand 2 og 3

Zeppelin har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, og udbudslovens § 80, stk. 2, jf. stk. 1, ved i forbindelse med udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse at have forhandlet med Volvo om og ændret grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale, hvilket potentielt kunne have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren, og ved at have foretaget direkte tildeling af rammeaftalen uden gennemførelse af en udbudsprocedure i overensstemmelse med udbudsreglerne.

FMI foretog en række ændringer af grundlæggende elementer. Disse ændringer ville konkret have påvirket Zeppelins og de øvrige potentielle tilbudsgi-

veres deltagelse i udbuddet. Zeppelin har løftet sin bevisbyrde ved at sandsynliggøre, at ændringerne kunne have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet.

Det er ikke korrekt, at kun Volvo ville afgive tilbud ved et nyt genudbud. Der er sket en voldsom udvikling i perioden, siden tilbudsfristens udløb den 23. juni 2022, og der findes nu nogle helt andre og meget bedre løsninger på FMI's behov. Der vil derfor være flere tilbudsgivere, som kan opfylde de stillede krav og afgive tilbud på opgaven, herunder da det i realiteten har vist sig, at indkøbet kun vedrører civile læssemaskiner.

Generelt om ændring i grundlæggende elementer

Det er en betingelse for at overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, at der ikke foretages ændringer i grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale ved de efterfølgende forhandlinger, jf. udbudslovens § 80, stk. 2, jf. stk. 1.

Er ændringer nødvendige eller hensigtsmæssige, skal ordregiveren i stedet gennemføre en udbudsprocedure med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, f.eks. et offentligt eller begrænset udbud.

Til grundlæggende elementer hører kontraktvilkår, herunder eksempelvis leveringstid, omfang og priser, men også mindstekrav. Ifølge forarbejderne til udbudsloven vil ændring af mindstekrav som udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der derfor kræver gennemførelse af fornyet udbudsprocedure. Afgørende for vurderingen, om der er sket ændring af grundlæggende elementer, er, om ændringen vil kunne påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren, herunder hvis ændringen medfører, at kontraktens karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsmaterialet. Det skal ikke dokumenteres, at det har påvirket nogen, men det skal bare sandsynliggøres, at det kunne have.

Det er ordregiver, der skal godtgøre, at der ved ændringer af vilkår i det oprindelige udbudsmateriale ikke kunne have været en sådan påvirkning af potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage i udbuddet, hvilket FMI ikke har kunnet i denne sag.

Det har formodningen mod sig, at Volvo har ønsket og har indvilliget i at indgå rammeaftalen på de vilkår, der indgik i udbuddet. Desuden forekommer det mærkværdigt, at FMI og Volvo har kunnet forhandle over en periode på næsten to år, hvis der ikke har været tale om ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Hvis FMI havde ændret de vilkår, der knyttede sig til Zeppelins begrundelse for ikke at afgive tilbud, havde Zeppelin været interesseret i at deltage i udbuddet. Sådanne ændringer ville således have påvirket ikke bare Zeppelins, men også andre potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, hvis ændringerne havde fremgået af udbudsmaterialet. Zeppelin påpegede under udbudsprocessen bl.a., at kravene om beskyttet førerkabine og antallet af garanterede maskiner under aftalen var problematiske.

Ad indkøb af civile læssemaskiner

Det fremgår af referat af 15. september 2023 fra møde mellem FMI og Volvo, at ”FMI arbejder på at dele aftalen op i to dele, således at civile læssemaskiner kan anskaffes først og efterfølgende kan de pansrede førerkabiner anskaffes på en separat aftale”. Af mødereferat af 29. september 2023 fremgår, at ”FMI arbejder fortsat på at dele aftalen op i to dele. Der pågår et større arbejde i FMI med at få en juridisk risikovurdering på plads som kan danne grundlag for en kontrakt”. Der fremgår ikke yderligere om denne opdeling i de efterfølgende mødereferater. Det har dog formodningen for sig, at FMI foretog en opdeling, selv om det ikke fremgår af rammeaftalen. FMI har indtil videre kun bestilt civile læssemaskiner uden beskyttet førerkabine, selv om det af kravspecifikationen fremgår, at det var forventningen, at der skulle anskaffes beskyttelse til omkring en tredjedel af de anskaffede læssemaskiner.

Da FMI udelukkende har bestilt civile læssemaskiner, som alle tilbudsgivere kunne have afgivet tilbud på, udgør dette en ændring, der kunne have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren, idet ændringen medfører, at rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsmaterialet. Dette støttes af FMI's oplysninger under sagen om, at det forhold, at ingen afgav tilbud, må ses i lyset af, at der ikke var tale om almindelige, civile læssemaskiner, men om læssemaskiner som skulle tilpasses det danske forsvars behov.

FMI har anført, at FMI fortsat påtænker at ville bestille læssemaskiner med pansret kabine. Dette hænger ikke sammen med, at der allerede er bestilt så mange civile læssemaskiner, at rammeaftalen praktisk taget er udtømt.

Uanset FMI's opstilling af krav, som skulle gøre læssemaskinerne "specifikt konfigureret ud fra det danske forsvars militære og operative behov", er der tale om almindelige civile læssemaskiner, som til allersidst får eftermonteret særskilt udstyr.

Ved at undlade eftermontering og ændringer vil læssemaskinerne nemt kunne afsættes på sædvanlig vis til almindelige kunder. Hvis noget af udstyret allerede er monteret på nogle af læssemaskinerne, kan det afmonteres igen, uden at dette påvirker læssemaskinerne og muligheden for at afsætte dem. Som følge heraf er det irrelevant at gøre værdispildsbetragtninger gældende i forhold dertil.

Ad aftale om to typer læssemaskiner

Det udgør en ændring af et grundlæggende element, at FMI indgik aftale om levering af to forskellige typer læssemaskiner, idet det af kravspecifikationen var eksplicit angivet, at "FSV ønsker derfor at anskaffe én type tidssvarende LÆMA som erstatning for FSV allerede eksisterende flåde af LÆMA, som tilgodeser FSV operative behov".

Det var kun for så vidt angår Krav ID-nr. 60-62 om z- og parallelkinematik, at der kunne afgives pris på maskiner, der enten havde z-kinematik, parallelkinematik eller en kombination. Ud over dette var det tydeligt angivet i både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, at der ikke kunne afgives alternative tilbud. Dermed kunne der ikke afgives priser på forskellige maskiner.

Zeppelin har ikke haft adgang til priserne på læssemaskinerne. FMI's synspunkt om, at L90H er billigere end L70H kan derfor ikke modsiges. Det forekommer imidlertid meget mærkværdigt, at en større læssemaskine skulle være billigere end en mindre læssemaskine, og det strider imod alt, hvad der ellers er sædvanligt i branchen.

Det fremgår af mødereferaterne, at FMI selv betragtede de tre typer af læssemaskiner, der blev forhandlet om, som forskellige typer og ikke blot forskellige vægtklasser.

Hvis FMI under udbuddene havde modtaget et tilbud med en maskine, som ikke opfyldte mindstekravene, skulle FMI have afvist tilbuddet som ukonditionsmæssigt. Volvo kunne allerede af den grund ikke have tilbudt L90H i de gennemførte udbud, da maskinen ikke opfyldte mindstekrav Krav ID-nr. 29 og 30 om i arbejds- og køreklar stand inklusive beskyttelse ikke at have et akseltryk, der overstiger 10 tons og at have en totalvægt på 18 tons eller mindre. Dette gjorde Volvo også opmærksom på ved udfyldelsen af Krav ID-nr. 29 og 30, hvor det blev angivet, at "Pansring af førerkabine kan påvirke dette", hvilket må forstås som et forbehold for akseltryk og vægt, når den beskyttede førerkabine påmonteres maskinen.

Der blev forhandlet om og ændret på grundlæggende elementer, idet mindstekravene blev fraveget. FMI har herved ikke alene foretaget en mindre fravigelse af konkret irrelevante krav i udbudsmaterialet. FMI har ændret på et grundlæggende vilkår, som konkret ville have påvirket andre tilbudsgiveres mulighed for at deltage i udbuddet.

Ifølge mødereferaterne startede FMI reelt forhandlingerne med Volvo om typerne L90H og L110H den 17. februar 2023, ligesom L110H ifølge mødereferat fra den 10. november 2023 også på forhånd var blevet overvejet til gennemførelsen af test til afdækning af behov til brug på flyvestationer og/eller ophold i Grønland på trods af, at begge disse maskiner var ukonditionsmæssige for så vidt angår Krav ID-nr. 30 om maksimal vægt på 18 tons i arbejds- og køreklar stand. FMI har dermed forhandlet om to læssemaskiner, som ikke opfyldte de stillede mindstekrav, hvilket er i strid med udbudslovens § 80, stk. 2, jf. stk. 1.

Det berettiger ikke til at indkøbe en ekstra type læssemaskine eller en læssemaskine, som ikke opfylder mindstekravene, at FMI undervejs i forhandlingerne konstaterede at have et andet behov eller ønske til læssemaskiner til snerydning. FMI skulle i stedet have gennemført en separat udbudsprocedure med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, f.eks. et offentligt eller begrænset udbud, for så vidt angår disse maskiner.

Da FMI's rammeaftale vedrører to forskellige typer læssemaskiner, hvoraf kun den ene er konditionsræssig, har FMI foretaget en direkte, ulovlig til-
deling af rammeaftalen, herunder til en værdi langt over tærskelværdierne for
EU-udbud for så vidt angår køb af tre L90H-maskiner, i strid med de grund-
læggende principper og udbudslovens § 80, stk. 2, jf. stk. 1. FMI var ikke
forpligtet til ud fra økonomiske principper at købe en læssemaskine i strid
med udbudsreglerne.

Ad leveringstid og løsning for beskyttede førerkabiner

Volvo anførte allerede i forbindelse med markedsundersøgelsen i 2021, at
Volvo kunne levere en udskiftelig beskyttet førerkabine. På trods af dette
indgav Volvo ikke tilbud ved udbud nr. 1 med den begrundelse, at Volvo
havde haft "udfordringer med at skaffe en pansret kabine", da Volvo ikke
kunne fremskaffe dokumentation og indhente priser for den pansrede kabine
til det efterspurgte beskyttelsesniveau. Volvo afgav heller ikke tilbud ved ud-
bud nr. 2. Volvo begrundede dette med, at det ikke havde været muligt at
indhente de nødvendige dokumenter, herunder certifikater, til de modifice-
rede kabiner. Volvo var således, ligesom de øvrige tilbudsgivere, af den op-
fattelse, at Volvo skulle have et "færdigt" produkt i form af den beskyttede
førerkabine for at kunne afgive tilbud. Det er kun FMI, som er af den opfat-
telse, at tilbudsgiverne kunne have afgivet tilbud uden at have et færdigt pro-
dukt.

På trods af Volvos meddelelser i hele forløbet om beskyttede førerkabiner
havde Volvo ved indgåelse af rammeaftalen i maj 2024 fortsat ikke en ende-
lig løsning for beskyttede førerkabiner, hvilket Volvo tydeligt tilkendegav ud
for alle krav relateret til beskyttede førerkabiner i kravspecifikationen. Volvo
har derved haft en stor fordel frem for de øvrige tilbudsgivere, idet Volvo har
haft en meget lang periode til at udvikle og færdiggøre en løsning for beskyt-
tede førerkabiner. Denne fordel havde de øvrige tilbudsgivere ikke, da der
skulle afgives tilbud i 2022. De øvrige tilbudsgivere kunne også i løbet af en
så langvarig forhandlingsperiode have udviklet en løsning til beskyttede før-
erkabiner. Da tilbuddet skulle afgives i juni 2022, skulle tilbudsgiverne
kunne levere beskyttede førerkabiner inden for 24 måneder fra bestilling,
som ville kunne ske straks efter indgåelse af rammeaftalen. Dermed ville le-
vering allerede skulle ske i august 2024.

Den lange forhandlingsperiode har desuden indirekte indebåret en fravigelse af mindstekravet for leveringstiden for beskyttede førerkabiner, idet Volvo i sit prisoverslag af 13. februar 2023 anførte priser for udvikling af beskyttede førerkabiner samt en leveringstid på i alt 29 måneder for den beskyttede førerkabine.

Udover at Volvo har anført ”J” i rubrikken ”Kravopfyldelse” ud for Krav ID-nr. 113 i Appendiks C, Leverandørens tilbud, fremgår det ikke af mødereferater, rammeaftalen eller andet skriftligt materiale, at leveringstiden i prisoverslaget af 13. februar 2023 ikke var gældende, og at Volvo under forhandlingerne med FMI accepterede at skulle levere beskyttede førerkabiner inden for 24 måneder.

Volvo havde mulighed for at påbegynde udviklingen af de beskyttede førerkabiner parallelt med forhandlingerne med FMI og blev derved hjulpet til at kunne opfylde mindstekravet om leveringstid. Ifølge mødereferaterne bestilte FMI reelt allerede de første fem læssemaskiner i god tid, før rammeaftalen blev indgået, og inden Volvo havde afgivet det endelige tilbud. FMI har derved givet Volvo helt andre muligheder for at kunne opfylde mindstekravene.

Hvis de øvrige tilbudsgivere havde haft samme muligheder for bl.a. en længere udviklingsperiode af de beskyttede førerkabiner, ville flere virksomheder have kunnet deltage i udbuddet. Den meget lange forhandlingsperiode samt fravigelse af krav om leveringstid og løsning for beskyttede førerkabiner har reelt ændret gruppen af potentielle tilbudsgivere, og et udbud gennemført i 2024 ville have medført en reel konkurrenceudsættelse med flere tilbud og muligvis bedre og billigere løsninger end den løsning for beskyttede førerkabiner, som fortsat ikke foreligger.

Volvo har ikke løbet en betydelig økonomisk risiko ved at indgå rammeaftalen med FMI. Volvo har haft mulighed for at påbegynde forberedende udviklingsarbejder, og der er ikke den store økonomiske risiko, når Volvo forhandler som den eneste tilbudsgiver. Volvo har selv kunnet fastsætte en meget højere pris, som ikke er blevet konkurrenceudsat over for andre tilbudsgivers priser, hvorfor den økonomiske risiko må formodes at være ganske lille.

Ad udviklingssamarbejde frem for forhandlinger

Det fremgår af mødereferaterne, at FMI har haft en meget proaktiv tilgang og har hjulpet Volvo usædvanlig meget med opgaver, der især har været relateret til de beskyttede førerkabiner, som ellers var Volvos ansvar.

FMI tog kontakt til svensk forsvar med henblik på at få kontakt til underleverandøren af beskyttede førerkabiner i Sverige, hvorefter FMI i samarbejde med Volvo tog kontakt til moderselskabet om muligheden for at udvikle de beskyttede førerkabiner. FMI påtog sig dermed selv ansvaret for at skaffe en underleverandør til at udvikle de beskyttede førerkabiner, selvom Volvo havde oplyst, at virksomheden kunne levere.

Det fremgår desuden af mødereferaterne, at FMI udover den første kontakt til det svenske forsvar og leverandøren af beskyttede førerkabiner bistod Volvo med at fremskynde udstedelse/opnåelse af eksportlicens/-tilladelse, kontaktede leverandøren af beskyttede førerkabiner med spørgsmål om pansring, priser, IP-rettigheider og krav til test og rykkede for svar, ligesom FMI forhørte sig i de operative kanaler, om det kunne bekræftes, at det svenske og det norske forsvar overvejede opgradering af deres flåde af læssemaskiner inklusive beskyttelse.

FMI påtog sig opgaver, som ligger langt uden for et normalt forhandlingsforløb mellem ordregiver og tilbudsgiver, og som har givet Volvo en meget stor fordel frem for andre potentielle tilbudsgivere, der selv skulle sørge for at få udviklet beskyttede førerkabiner, hvilket er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Samarbejdet mellem FMI og Volvo har mere haft karakter af et fælles projekt om at få udviklet beskyttede førerkabiner end forhandlinger om de maskiner, der allerede i udbuddet lå faste krav til. Dette medførte, at opgavefordelingen mellem FMI og Volvo var markant anderledes end forudsat i det oprindelige udbudsmateriale, og karakteren af rammeaftalen ændrede sig i retning af et innovationspartnerskab, hvilket udgør en ændring af et grundlæggende element i strid med de almindelige udbudsretlige principper og udbudslovens § 80, stk. 2. jf. stk. 1. Den praksis, FMI har henvist til, er ikke sammenlignelig.

Ad manglende overholdelse af mindstekrav vedrørende priser

FMI var som ordregiver forpligtet til at sikre overholdelse af formalia, og at der blev indgået aftale på baggrund af et konditionsræssigt tilbud.

Volvo afgav ikke bindende priser i henhold til kravene fastsat i udbudsmaterialet. Volvos priser skal findes i forskellige bilag, og det har været nødvendigt for FMI at udarbejde et særskilt bilag for at skabe overblik over Volvos priser. FMI fraveg således udbudsmaterialets krav om, hvordan prisoplysninger skulle afgives.

Rammeaftalen henviser alene til Appendix C.1 for så vidt angår priser. Appendix C.1 omfatter ikke Volvos prisoverslag af 13. februar 2023 eller Volvos reviderede tilbud af 13. februar 2024, som FMI mener også er bindende for Volvo under rammeaftalen.

Det forekommer desuden mærkværdigt, at FMI under sagen har begrundet Volvos manglende afgivelse af pris på vinterdæk i det endelige tilbud med, at fejlen formentlig er ”opstået, fordi FMI konkret endte med ikke at bestille disse vinterdæk i forbindelse med initialkøbet”.

Dette er et konkret eksempel på, at der ikke har været tale om et traditionelt forhandlingsforløb, som afsluttes med afgivelse af tilbud, indgåelse af aftale og derefter bestilling i henhold til den indgåede aftale, da der i stedet blev foretaget bestilling og herefter afgivet tilbud i henhold til det bestilte og så indgået aftale.

FMI har ikke godtgjort, at ændringerne ikke var egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage i udbuddet. Idet FMI og Volvo har forhandlet om grundlæggende elementer, og FMI har foretaget en række ændringer i det oprindelige udbudsmateriale, der ville have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, skulle FMI have udbudt hele indkøbet igen, således at udbuddet omfattede læssemaskiner, der opfyldte de oprindelige mindstekrav, og læssemaskiner til snerydning, som ikke opfyldte de oprindelige mindstekrav.

Da FMI i stedet foretog en direkte, ulovlig tildeling af rammeaftalen til Volvo, har FMI handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, og § 80, stk. 2, jf. stk. 1.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har ændret i grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale.

En ordregiver er ikke forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure ved foretagelse af ændringer, der er ”nødvendige eller hensigtsmæssige”. Ordregiver er kun forpligtet til at gennemføre en fornyet udbudsprocedure, hvis ændringerne kan karakteriseres som ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 80, stk. 2.

Det beror på en konkret vurdering, om en ændring udgør en ændring af et grundlæggende element, herunder om ændringen kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 30. november 2023, Assemble A/S mod Hørsholm Kommune, og kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland. Der skal derfor heller ikke blot være tale om en rent teoretisk potentiel ansøger eller tilbudsgiver. Der kan ikke opstilles en almengyldig regel om, at ændringer af eksempelvis kontraktvilkår, herunder ændringer af leveringstid, omfang og pris, per definition udgør en ændring af grundlæggende element.

De ændringer, som FMI foretog, kan hverken enkeltvis eller tilsammen karakteriseres som ændringer af grundlæggende elementer. Selv hvis ændringerne var blevet implementeret i udbudsmaterialet forud for udbud nr. 2, ville Zeppelin ikke kunne have leveret i overensstemmelse med de fastsatte krav. Ændringerne har ikke påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsprocessen, idet Volvo fortsat ville være den eneste interesserede tilbudsgiver. Det forhold, at der efter Zeppelins opfattelse er sket en markant udvikling i markedet siden tilbudsfristen for udbud nr. 2, som har resulteret i, at der eventuelt nu findes andre løsninger til at opfylde FMI's behov, er uden betydning i denne forbindelse. Vurderingen af, hvem der reelt havde mulighed for at afgive tilbud på aftalen, skal foretages med udgangspunkt i det tidspunkt, hvor FMI valgte at overgå til udbud med forhandling og ikke på baggrund af den efterfølgende markedsudvikling.

Det er derfor også meningsløst, når Zeppelin alligevel argumenterer for, at hele rammeaftalen skal erklæres for uden virkning og genudbydes for tredje gang. Realiteten i et sådant hypotetisk genudbud vil være, at FMI enten udbyder på de tilpassede vilkår, hvorefter Volvo igen vil være eneste interesserede tilbudsgiver, eller vælger at imødekomme Zeppelins betragtninger om de stillede vilkår og således gå på kompromis med de krav og behov, FMI på sagligt og militærfagligt grundlag har stillet til anskaffelsen. En forbigået tilbudsgiver bør ikke på denne måde have mulighed for at tvinge en ordregiver

ud i det ene udbud efter det andet med betydelige konsekvenser for forsyningssikkerheden til følge.

Dertil kommer, at et tredje genudbud i realiteten næppe længere vil være en mulighed, da det geopolitiske klima i dag indebærer, at FMI meget vel ville være tvunget til at foretage en anskaffelse i medfør af de udbudsretlige undtagelsesbestemmelser, hvis rammeaftalen som helhed måtte blive erklæret for uden virkning.

Det er korrekt, at Volvo som led i forhandlingerne fremsatte forslag om justeringer og tilpasninger af mindstekrav. Dette blev imidlertid afvist af FMI med henvisning til, at udbudsloven ikke tillader sådanne ændringer.

Rammeaftalen, der blev indgået med Volvo den 16. maj 2024, var i alt væsentlighed fuldstændigt identisk med den rammeaftale, som FMI udbød i udbud nr. 2 ved udbudsbekendtgørelse af 29. april 2022. Der blev alene foretaget et mindre antal uvæsentlige tilpasninger i materialet, som hverken enkeltvis eller samlet udgjorde ændringer af grundlæggende elementer.

At der på trods FMI's store bestræbelser ikke indkom tilbud, bekræftede for FMI endeligt, at anskaffelsen ikke var udbudsegnet. Anskaffelsen angik ikke almindelige, civile læssemaskiner, men læssemaskiner, som væsentligt skulle kunne konfigureres til Forsvarets operative behov. Markedets tilbageholdenhed relaterede sig således bl.a. til det forhold, at FMI som en del af udbuddet stillede krav om, at leverandøren skulle designe, udvikle og levere en beskyttet førerkabine.

Kravene til denne førerkabine var uændrede fra udbud nr. 2 og til den indgåede rammeaftale. Derfor har det formodningen imod sig, at andre leverandører havde budt på rammeaftalen med de tilpasninger, som blev foretaget.

Den indgåede rammeaftale adskilte sig på få punkter fra det oprindelige udbudsmateriale. Der blev i rammeaftalen tilføjet en bestemmelse om leverandørens system- og integrationsansvar. Prisen for de beskyttede førerkabiner blev givet som et prisoverslag med vilkår om, at den endelige pris skulle fastsættes under iagttagelse af prisfastsættelsesprincipperne i det tilføjede Special-appendiks 11 og 11.1, herunder med strenge krav i relation til avancebegrænsning. Prisindekset i rammeaftalens prisreguleringsbilag blev ændret fra

det før gældende OECD-indeks, som ikke længere findes, til et stort set identisk Eurostat-indeks. De formelle rammer for tilbuddets form og indhold blev fraveget i rammeaftalen, herunder i forhold til prissætning. Volvo havde glemt at prissætte maskinsimulatoren, og Volvo tilbød læssemaskiner i to forskellige vægtklasser. Desuden havde Volvo i kolonnen ”Tilbudsgivers bemærkninger”, jf. rammeaftalens Appendiks C, Leverandørens tilbud, indsat forskellige bemærkninger, der efter omstændighederne ville kunne udlægges som forbehold.

De justeringer, som blev foretaget i rammeaftalen, udgør ikke ændringer af grundlæggende elementer, medmindre det kan sandsynliggøres, at ændringerne har påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren, eller at Volvo som følge af tilpasningerne har opnået en fordel, som ikke kan begrundes sagligt. Efter klagenævnets praksis påhviler det Zeppelin at sandsynliggøre dette, jf. klagenævnets kendelse af 16. februar 2023, Microsoft Danmark ApS mod Ørsted Services A/S, og kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland.

Ad indkøb af civile læssemaskiner

I september 2023 overvejede FMI muligheden for at dele rammeaftalen op. På dette tidspunkt i forhandlingerne var FMI og Volvo langt fra en endelig aftale. Overvejelserne blev ikke behandlet yderligere i referaterne efter september 2023, idet det stod klart for FMI, at aftalen hverken kunne eller skulle opdeles. FMI og Volvo har indgået en aftale, hvori Volvo har forpligtet sig til at levere beskyttede førerkabiner med leveringstid på 24 måneder, jf. Appendiks C til rammeaftalen. Det er uden betydning, hvilke overvejelser FMI gjorde sig under forhandlingsforløbet, da alene indholdet af den indgåede rammeaftale er afgørende.

Det forhold, at FMI endnu ikke har indkøbt en beskyttet førerkabine, ændrer heller ikke på, at leveringsforpligtelsen under rammeaftalen er uændret, idet FMI stadig har mulighed for at indkøbe den beskyttede førerkabine under rammeaftalen. FMI er i øvrigt ikke forpligtet til at foretage indkøb under rammeaftalen ud over initialindkøbet på fem læssemaskiner, jf. rammeaftalens afsnit 3.3. Det fremgår heller ikke af den udbudte rammeaftale i udbud nr. 2 eller den indgåede rammeaftale med Volvo, at FMI påtænkte at foretage bestilling af de beskyttede førerkabiner umiddelbart efter aftaleindgåelse eller samtidig med bestilling af læssemaskinerne. FMI anmodede om særskilte

priser for læssemaskinerne og den beskyttede førerkabine, jf. Appendiks C.1, hvilket understreger, at læssemaskinerne, ud over initialkøbet, og den beskyttede førerkabine bestilles særskilt. Rammeaftalen indeholder ikke en bestemmelse om et minimumsaftag i relation til beskyttede førerkabiner. Den udbudte rammeaftale indeholdt ikke en sådan minimumskøbsforpligtelse i relation til beskyttede førerkabiner, og det er – og har i begge de udbudte aftalekonstellationer været – FMI's prærogativ, om FMI ville udnytte rammeaftalen til at indkøbe beskyttede førerkabiner. Rammeaftalen indeholder ikke en bestemmelse om eksklusivitet på dette område, og FMI kan derfor indkøbe de pansrede førerkabiner fra anden side, hvis Volvos tilbudte løsning ikke findes tilstrækkelig fordelagtig. Det kan derfor ikke anses som en ændring, at FMI ikke har bestilt beskyttede førerkabiner (endnu).

Læssemaskinerne vil ikke nemt kunne afsættes til en anden kunde, da læssemaskinerne er specifikt konfigureret ud fra det danske forsvars militære og operative behov. Konfigurationerne kan ikke fjernes, uden at der derved ændres på læssemaskinernes samlede funktionalitet, da tilpasningerne er nødvendige for at imødekomme de særlige krav, FMI har fastlagt for opgaven.

FMI bestilte ikke de første fem læssemaskiner, før rammeaftalen reelt blev indgået. Rammeaftalen med Volvo indeholder tilsvarende forudsætninger om de fem første læssemaskiner, som gjorde sig gældende i udbudsmaterialet i udbud nr. 2.

Karakteren og omfanget af rammeaftalen med Volvo er på den baggrund uændret i forhold til den udbudte rammeaftale.

Ad aftale om to typer læssemaskiner

De to forudgående udbud angik leveringen af "én type tidssvarende læssemaskine". FMI ønskede "én type" læssemaskine for at tilgodese behovet for, at den samlede flåde af læssemaskiner havde et så stort komponentfællesskab som muligt. FMI havde ikke afskåret tilbudsgivernes mulighed for at tilbyde forskellige konfigurationer af den samme type læssemaskine. Leverandørerne havde f.eks. mulighed for at tilbyde en læssemaskine med "parallelfunktion" eller en læssemaskine med "z-funktion", idet FMI dog foretrak en læssemaskine, der kunne begge dele, hvilket Volvos læssemaskiner kunne. Det var således helt i overensstemmelse med udbud nr. 2, at der kunne indgås aftale om to forskellige læssemaskiner.

FMI accepterede, at Volvo under rammeaftalen leverer læssemaskiner i to forskellige vægtklasser – L70H, jf. Anneks 1-2, og L90H, jf. Anneks 2. Der er tale om samme ”type” læssemaskiner, idet begge vægtklasser tilhører samme serie (H-serien) og i alt væsentligt består af de samme komponenter og således opfylder FMI’s ønske om komponentfællesskab. Maskinerne har samme førerkabine, drivlinje, transmission og motor. De to læssemaskiner betjenes, vedligeholdes og repareres på samme måde og har samme brugermanual. Det udgør derfor ikke en ændring af et grundlæggende element, at FMI har accepteret, at Volvo under rammeaftalen leverer læssemaskiner i to forskellige vægtklasser. Det forhold, at FMI i et enkelt referat fra forhandlingerne med Volvo har anvendt sprogbrugen ”type-valg”, ændrer ikke på, at de to læssemaskiner L70H og L90H udgør samme type, men to forskellige vægtklasser. Komponenterne i de to vægtklasser er således i al væsentlighed de samme.

Oversigten over Volvos store læssemaskiner understøtter, at L70H og L90H er samme type læssemaskine, idet det er tydeligt på illustrationerne af maskinerne L60H, L70H og L90H, at disse læssemaskiner stort set er identiske i både opbygning og udseende. Forskellen ligger i al væsentlighed i den monterede skovl og vægtklassen. L90H’eren er tungere og dermed i stand til at håndtere en større mængde gods, ligesom der på L90H’eren er installeret en software, som muliggør nyttiggørelsen af flere hestekræfter trods den samme motor. Oversigten illustrerer også, at allerede fra model L110H og opad er der tale om en større model, som i konfiguration og udseende afviger klart fra L60H, L70H og L90H. Undervejs i forhandlingsforløbet med Volvo vurderede FMI, at L110H ikke levede op til kravene i kravspecifikationen. Dette understøtter, også, at L60H, L70H og L90H er en anden type end de øvrige maskiner.

FMI har ikke argumenteret for, at samtlige af Volvos ”store læssemaskiner” skal betragtes som samme type læssemaskine. FMI har alene redegjort for, hvordan læssemaskinerne L70H og L90H anses for at være samme type læssemaskine.

FMI kunne for så vidt godt have valgt alene at anskaffe L70H-vægtklassen, idet denne maskine opfyldte samtlige af FMI’s tekniske krav. Under forhandlingerne med Volvo blev FMI imidlertid bekendt med, at L90H-modellen var

langt mere egnet til at foretage snerydning på flyvestationerne. Snerydningsopgaven udføres i praksis ved brug af en ZAUGG Mobil 350 snefræser, der vejer 5.170 kg. Dette svarer til over 30 % af selve læssemaskinens vægt, hvilket stiller store krav til læssemaskinens vægtpacitet. L70H-vægtklassen kan godt håndtere denne snefræser og dermed opfylde Krav ID-nr. 113. Stabilitet og ydeevne var imidlertid forbedret ved brug af L90H-vægtklassen, som derimod – på grund af modellens højere egenvægt – ikke kunne opfylde krav til totalvægt, jf. Krav ID-nr. 30, som fastsatte, at læssemaskinen maksimalt måtte have en totalvægt på 18 tons i ”arbejds- og køreklar stand, inkl. beskyttelse”.

Kravet angående totalvægt blev fastsat under hensyn til, at læssemaskinerne skulle kunne færdes på offentlig vej. Da snerydningsopgaverne relateret til Forsvarets flyvestationer imidlertid netop skal udføres på Forsvarets lukkede områder, hvor færdselslovens almindelige regler ikke finder anvendelse, og da L90H-modellen primært skulle anvendes til netop denne specifikke opgaveudførelse, havde det konkret ingen betydning, om L90H-modellen opfyldte kravet angående totalvægt eller ej.

Realiteten var således, at FMI kunne vælge mellem alene at bede om tilbud på L70H-modellen, der opfyldte samtlige tekniske krav, men som ikke var den optimale model til brug for snerydning, eller – i tillæg til L70H-modellen – også at bede om tilbud på L90H-modellen, der ikke alene var en billigere model, men som også var mere egnet til at udføre Flyvevåbnets snerydningsopgaver. Efter en afvejning af de klare operative og økonomiske/kommercielle fordele forbundet med L90H-modellen over for den manglende opfyldelse af totalvægtskravet kom FMI samlet set frem til, at det var proportionalt og sagligt at anmode om tilbud på begge modeller og dermed fravige totalvægtskravet for L90H-modellen. Alternativet var, at FMI skulle indkøbe den dyrere model L70H, som var mindre egnet til udførelsen af den pågældende opgave, for at overholde Krav ID-nr. 30 om totalvægt i køreklar stand i kravspecifikationen. Et krav, som ikke er relevant ved udførelsen af opgaven på flyvestationerne, idet snerydningen ikke sker på offentlig vej.

FMI er underlagt princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning, og FMI har i overensstemmelsen hermed derfor også indgået aftale om en til formålet bedre egnet læssemaskine til en klart lavere pris. Det er både korrekt, sagligt og proportionalt, at FMI har inddraget dette hensyn ved indgåelsen af rammeaftalen.

Det udgør således ikke en ændring af grundlæggende elementer, at FMI for L90H-modellen fraveg kravet om totalvægt. Under hensyntagen til det konkrete forløb, hvor rammeaftalen gentagende gange blev forsøgt udbudt, må det ligge inden for ordregivers tilladte forhandlingsrum i udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, at udnytte muligheden for at foretage mindre justeringer i aftalegrundlaget med henblik på at opnå den bedst mulige løsning. Dette særligt når henses til, at Volvo tilbød en model, der opfyldte samtlige krav, at L90H var billigere end rammeaftalens hovedmodel (L70H), at L90H i det konkrete tilfælde var optimal i forhold til det konkrete operative behov, og at der alene var tale om en mindre del af det samlede køb. L90H udgjorde alene tre maskiner ud af i alt 15. FMI forventer, at yderligere køb under rammeaftalen vil være af modellen L70H.

Det kan ikke have påvirket andre tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, hvis de havde vidst, at der – i tillæg til en fuldt konditionsmæssig læssemaskine – også kunne leveres en tungere model. For Zeppelin står det klart, at Zeppelin under alle omstændigheder ikke kunne levere en læssemaskine, der overholdt en række af mindstekravene.

Det er en faktuel omstændighed, at L90H er billigere end den mindre L70H. Det er derfor uden betydning, at Zeppelin har den opfattelse, at dette er i strid med, hvad der er sædvanligt i branchen. At prisen er lavere, understreger, at FMI har indgået en økonomisk fordelagtig aftale, som Zeppelin tilsyneladende ikke selv ville kunne tilbyde.

Det forhold, at FMI og Volvo under forhandlingerne tillige drøftede læssemaskinen L110H, udgør ikke en overtrædelse af udbudsreglerne. Rammeaftalen omfatter ikke denne type, da FMI som følge af drøftelserne kunne konstatere, at maskinen ikke opfyldte FMI's tekniske krav. Parterne skal under en forhandling have mulighed for at afdække, om forskellige tilbudte løsninger kan accepteres.

Ad leveringstid og løsning for beskyttede førerkabiner

Det fulgte – og følger stadig – af rammeaftalen, at leverandøren som en del af leverancen skal designe, udvikle og levere en beskyttet førerkabine, som skal kunne påmonteres læssemaskinerne. De tekniske krav til den beskyttede

førerkabine, der alle er formuleret som mindstekrav, fremgår af Krav ID-nr. 92-114, jf. rammeaftalens Appendiks A.

Der er intet i det oprindelige udbudsmateriale, der indikerer, at tilbudsgiverne skulle have en endelig løsning på tidspunktet for aftalens indgåelse. Tilbudsgiverne blev derimod bedt om at oplyse to priser for den beskyttede førerkabine, hvoraf en af priserne var reserveret til udviklingsomkostninger, jf. Appendiks C.1. Det fremgår således eksplicit for den ene prispost, at ”Denne post er reserveret til udviklingsomkostninger, såfremt dette er relevant ved levering af første køb”. Derudover understøtter kravet om levering inden for 24 måneder tydeligt, at tilbudsgiverne ikke skulle have en endelig løsning på plads ved aftaleindgåelsen.

Leveringstiden for den beskyttede førerkabine – der ikke blev ændret i forhold til den udbudte rammeaftale – var 24 måneder fra modtagelse af indkøbsordre, jf. Krav ID-nr. 113, og således dobbelt så lang som leveringstiden for selve læssemaskinen, jf. Krav ID-nr. 54. Den forlængede leveringstid var fastsat under hensyntagen til, at leverandøren ville skulle gennemføre en design- og udviklingsproces, før maskinen kunne leveres. Der var således allerede under den oprindelige udbudsprocedure taget højde for det forhold, at leverandørerne ville have behov for tid til denne opgave.

Længden på forhandlingsforløbet med Volvo har ikke indirekte medført en fravigelse af kravet om leveringstid på 24 måneder, selvom Volvo måtte have haft mulighed for at påbegynde udviklingen af den beskyttede førerkabine parallelt med forhandlingerne med FMI. Forhandlinger mellem parter medfører ikke, at perioden, hvor der forhandles, ”spiser” af leveringstidskrav ud fra en betragtning om, at leverandøren bare kan begynde at producere, mens forhandlingerne står på. Hvis dette var tilfældet, ville kravet om en leveringstid på 24 måneder stiltiende – og uden at være afspejlet i kontraktgrundlaget – kunne blive ændret til et krav om en leveringstid på 10 måneder, hvis forhandlingerne varede i 14 måneder.

Volvo har i forbindelse med sit tilbud, jf. rammeaftalens Appendiks C, bekræftet, at samtlige af de angivne mindstekrav, vil blive opfyldt for kabinen, og Volvo vil ved levering af de beskyttede førerkabiner være forpligtet til at opfylde alle disse krav, inklusive krav til leveringstiden. Det ændrer ikke

herpå, at Volvo i prisoverslaget af 13. februar 2023 har angivet en leverings-tid på 29 måneder, idet Volvo har forpligtet sig til levering inden for 24 måneder, jf. rammeaftalens Appendiks C.

Under forhandlingerne blev design- og udviklingsopgaven i relation til de beskyttede førerkabiner drøftet. Det var i den forbindelse bl.a. en udfordring, at Volvos forventede underleverandør på opgaven ikke var villig til at afsætte ressourcer til at beregne et egentligt tilbud på de beskyttede førerkabiner, før end Volvo kunne fremvise en underskrevet rammeaftale. Som alternativ udarbejdede Volvo derfor et estimeret prisoverslag, jf. dokumentet "Grovpris på udvikling, test og produktion af maskine og kabine". De heri anførte priser er at betragte som Volvos tilbudte enhedspriser, jf. Appendiks C.1, fanen "B. Beskyttelse".

Forhandlingerne viste, at Volvo i prisoverslaget havde indlagt et betydeligt risikotillæg, da der fortsat udestod en række afklaringer relateret til udviklingsfasen. Parterne anså dermed prisen som en maksimumpris, der i realiteten dog gerne skulle ende med at blive lavere, når udviklingsfasen var afdækket endeligt. Med henblik på at sikre sig adgang til at genforhandle den pris, som fremgik af prisoverslaget, på et senere tidspunkt – og med henblik på at sikre, at FMI ikke i sidste ende ville komme til at betale for meget for de beskyttede førerkabiner – tilføjede FMI følgende bestemmelse til rammeaftalens punkt 6.1: "Køberen er berettiget til at genforhandle den oplyste råpris for udvikling og produktion af den ballistisk beskyttede førerkabine, når endelig beskyttelsesniveau, materialevalg og test-plan er besluttet". Benævnelsen "rå-pris" er det samme som "grov-pris". Den oplyste "rå-pris" henviser således til prisoverslaget, som blev afgivet af Volvo den 13. februar 2023.

Volvo har løbet en betydelig økonomisk risiko ved at indgå en rammeaftale med FMI, som indebærer, at Volvo skal være klar til at udvikle og levere beskyttede førerkabiner inden for 24 måneder, uanset at det ikke er givet, at FMI vil udnytte muligheden for at foretage et sådant køb på aftalen. Denne økonomiske risiko var Zeppelin og de øvrige virksomheder ikke villige til at løbe. Opstart af udviklingsarbejder eliminerer ikke i sig selv den økonomiske risiko. Sådanne aktiviteter indebærer derimod væsentlige omkostninger i form af ressourcer, tid og investeringer i udvikling, der ikke nødvendigvis modsvares af garanterede indtægter, såfremt FMI og Volvo ikke indgik en

aftale som resultat af forhandlingerne. Enhver tilbudsgiver, inklusive Zeppelin, kunne – ligesom Volvo – have valgt at indlægge et betydeligt risikotillæg i den tilbudte pris for udviklingen af den beskyttede førerkabine.

FMI tilføjede ligeledes et kontraktrevisionsbilag til rammeaftalen med henblik på at sikre sig mod fremtidige justeringer i det oplyste prisoverslag, jf. rammeaftalens Special-appendiks 11 og 11.1, som heller ikke var en del af det oprindelige udbudsmateriale. Bilaget indeholder en ret for FMI til revision af leverandørens prisfastsættelse, for så vidt angår produkter eller ydelser til fastpriser, der kan forhandles, eller fastprissatser og -elementer, der kan forhandles, produkter eller ydelser, hvor den endelige købspris er baseret på leverandørens registrerede faktiske omkostninger samt produkter og ydelser, der ikke har været underlagt og prissat via en udbudsproces, og som har en sammenhæng med de produkter eller ydelser, der er omfattet af kontrakten, jf. afsnit 1 i Special-appendiks 11 og 11.1.

Det fremgår af Special-appendiks 11, afsnit 2.1, at FMI har en ret til at iværksætte revision af samtlige data og øvrige forhold, der angår leverandørens prisfastsættelse af tilbuddet eller kontrakten. Det fremgår af bilagets afsnit 5, at avance ikke må overstige en nærmere bestemt procentdel af det accepterede avancegrundlag ved revisionen. Bestemmelserne i bilaget finder også anvendelse på underleverandører, hvilket fremgår af bilagets afsnit 2.2. FMI vil almindeligvis tilføje et revisionsbilag til aftalen, når FMI indgår en aftale med én tilbudsgiver på baggrund af et forhandlingsforløb med tilbudsgiveren.

Det forhold, at der ved aftaleindgåelsen endnu ikke forelå en endelig løsning for den beskyttede førerkabine, og at den tilbudte pris for de beskyttede kabiner således var forbundet med en vis usikkerhed, udgør ikke en ændring af grundlæggende elementer.

Det udgør heller ikke en ændring af grundlæggende elementer, at FMI ved tilføjelsen af Special-appendiks 11 og 11.1 og den relaterede passus i rammeaftalen har tilsikret, at prisen kan genforhandles til et lavere niveau, og at den under alle omstændigheder skal fastsættes på grundlag af fastlagte prisfastsættelsesprincipper og herunder ikke må medføre et urimeligt højt provenu for Volvo.

Der er med disse tilpasninger reelt ikke tale om ændringer i rammeaftalen, herunder heller ikke ændringer som kommer Volvo til fordel og dermed har medført, at Volvo har fået en usaglig konkurrencemæssig fordel. Det modsatte er snarere tilfældet, da Volvo med tilpasningerne er underlagt avancebegrænsninger, som tilbudsgiverne ikke havde været underlagt, hvis de havde valgt at afgive tilbud under et af de to forudgående udbud.

Ingen af disse tilpasninger udgør derfor en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 24, nr. 37. Det bør i den forbindelse særligt tillægges betydning, at FMI ikke har foretaget en eneste tilpasning af de mindstekrav, der gælder for den beskyttede førerkabine, og at Volvos førerkabine således skal opfylde alle disse krav, herunder kravet om en leveringstid på 24 måneder, som Zeppelin afviste selv at kunne opfylde.

Ad forhandlingsforløbet med Volvo

Zeppelins anbringender synes for så vidt angår ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i al væsentlighed at sammenligne et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter samme standard som et offentligt eller begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II.

En ordregiver må have større mulighed for at tilrettelægge og gennemføre udbudsproceduren efter dennes behov i udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse end ved et offentligt udbud eller begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II, herunder i forhold til hensynene til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvilket også finder støtte i bl.a. klagenævnets kendelse af 9. november 2012, Gypsum Recycling International Holding A/S mod I/S Vestforbrænding.

Det følger af kendelsen, at en ordregiver er frit stillet i forhold til valg af deltagende virksomheder i udbudsprocessen efter udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1. Denne frihed gælder også for den øvrige tilrettelæggelse af processen. Det kan også udledes af kendelsen, at de udbudsretlige principper, herunder ligebehandlingsprincippet, slet ikke har samme udstrækning i udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i medfør af udbudslovens § 80, stk. 1, som i et offentligt eller begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II.

I sag C-376/21, *Obshtina Razlog*, fandt EU-Domstolen, at det ikke var i strid med principperne i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, som implementeret i

dansk ret ved udbudslovens § 2, at indlede forhandlinger med kun én aktør ved overgang til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i henhold til direktivets artikel 32, stk. 2, litra a, efter et mislykkedes udbud.

Det kan også udledes af dommen, at en virksomhed ikke kan påberåbe sig de udbudsretlige principper i en udbudsprocedure efter udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, litra a, der svarer til udbudslovens § 80, stk. 1, på samme måde som i et offentligt eller begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II, navnlig fordi virksomhederne har haft mulighed for at drage fordel af disse principper i forbindelse med det forudgående udbud.

Zeppelin valgte ikke at afgive tilbud på udbud nr. 2, og virksomheden kan derfor heller ikke nu drage fordel af lighedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet.

Forhandlingerne med Volvo har ikke haft karakter af et udviklingssamarbejde, og karakteren af rammeaftalen har ikke ændret sig. Volvo har heller ikke opnået en utilbørlig konkurrencefordel.

Det forhold, at FMI i samarbejde med Volvo kontaktede moderselskabet for det selskab, der udviklede beskyttede førerkabiner til det svenske forsvar, er ikke ensbetydende med, at FMI påtog sig ansvaret for at skaffe en underleverandør. FMI kontaktede det svenske forsvar – hvilket på ingen måde er unaturligt henset til det løbende samarbejde mellem Danmark og Sverige på forsvarsområdet – som henviste FMI til det pågældende selskabs datterselskab. Det var derfor helt naturligt, at FMI sammen med Volvo indledningsvis deltog i en dialog med moderselskabet. Det var heller ikke uden for FMI's mandat efter udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, at medvirke til at nå frem til et brugbart udgangspunkt for forhandlingerne.

Det forhold, at FMI kontaktede de relevante svenske myndigheder med henblik på opnå den nødvendige eksportlicens, er heller ikke ensbetydende med, at FMI påtog sig et større ansvar i forbindelse med udviklingen af den beskyttede førerkabine, end rammerne i udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, tillader. FMI har således alene haft intention om at tilskynde sagsbehandlingen ved Svensk Eksport Råd, idet Volvo selv udarbejdede og indgav ansøgning hertil.

Det kan i øvrigt ikke udledes af mødereferaterne, at FMI har kontaktet leverandøren af de beskyttede førerkabiner med spørgsmål om pansring, priser, IP-rettigheder og krav til test. Det fremgår flere steder i referaterne, at kommunikationen med denne leverandør foregik via Volvo. FMI har fremsendt mødeinvitation til leverandøren samt rykket denne for svar herpå, hvilket er sædvanligt i en forhandlingsproces, hvor FMI er koordinator for sådanne møder.

FMI har således haft en begrænset rolle i forbindelse med de beskyttede førerkabiner. FMI har alene ud fra egne interesser forsøgt at smidiggøre processen, og Volvo har ikke herved opnået en konkurrencefordel. Ansvarsfordelingen i rammeaftalen med Volvo forblev uændret, og det er fortsat Volvo som leverandør, der ensidigt har ansvar for udvikling og levering af den beskyttede førerkabine. FMI har ikke ved indgåelse af aftalen påtaget sig et større ansvar, end det der fremgik af den oprindeligt udbudte aftale, og FMI har heller ikke påtaget sig et større ansvar, end hvad der er muligt inden for rammerne af udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1. Karakteren af rammeaftalen blev ikke ændret, og der er ikke foretaget ændringer af grundlæggende elementer.

Ad manglende overholdelse af mindstekrav vedrørende priser

Udbudsmaterialet foreskrev, at et tilbud som udgangspunkt kun skulle bestå af Appendiks C (svarende til tilbudsgiverens besvarelse af kravspecifikationen, jf. Appendiks A), og Appendiks C.1, hvor priserne skulle angives. Tilbudsgiveren kunne derudover vedlægge dokumentation for opfyldelsen af bestemte krav i kravspecifikationen.

Af samme afsnit i udbudsbetingelserne fremgik endvidere: ”... at tilbudsgiver bør overholde udbudsmaterialets format og sammensætning ved udfyldelsen af de dele af udbudsmaterialet, der forudsættes udarbejdet eller udfyldt af tilbudsgiver. Tilbudsgiver bør derfor ikke ændre på Appendiksernes sammensætning og bør sikre sig, at alle oplysninger afgives i det relevante format.”

Et tilbud ville derfor ikke nødvendigvis blive afvist, fordi tilbuddet gik ud over de formelle rammer, idet FMI dog anbefalede tilbudsgiverne at holde sig til skabelonerne, da det erfaringsmæssigt kan give udfordringer i forbindelse med tilbudsevalueringen, hvis tilbudsgivernes tilbud afviger markant

fra hinanden eller indeholder uklare informationer. Dette hensyn er dog ikke relevant ved forhandling med kun én tilbudsgiver.

FMI har som følge af forhandlingerne med Volvo fraveget udbudsmaterialets formelle rammer for, hvordan et tilbud skulle se ud. FMI har ikke overtrådt de udbudsretlige principper ved at have fraveget de formelle krav for tilbudets format, herunder prissætning. Disse krav udgjorde ikke mindstekrav. FMI fik i kraft af de flerårige og dybdegående forhandlinger et grundigt indblik i det produkt, der blev tilbudt. En streng opfyldelse af udbudsmaterialets formalitetskrav forekom unødvendigt og uforholdsmæssigt formalistisk. FMI vidste, hvad man købte, og Volvo var bekendt med FMI's krav og forventninger til leverancen.

Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse skal som anført ikke vurderes på samme måde som et offentligt udbud eller begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II. Dette har også betydning i forhold til, hvilken vægt kravrubricering skal tillægges. Det er således uden betydning, om en fravigelse af de formelle rammer for prissætning ikke fuldt ud ville have harmoneret med udbudsretlige principper om ligebehandling i det forudgående udbud, idet det afgørende er, om en sådan fravigelse udgør en ændring af et grundlæggende element.

Volvos tilbud består af udfyldt Appendiks C, delvist udfyldt Appendiks C.1 med priser, Anneks 1-3 angående tre specifikke konfigurationer på to forskellige størrelser læssemaskiner med tilbehør, grovpris på beskyttet førerkabine som afgivet af Volvo under forhandlingerne og tilbud på selvrensende vinterdæk af 13. februar 2024.

Tilbuddets format adskilte sig således fra de rammer, som udbudsmaterialet foreskrev. Dette kom tydeligst til udtryk ved, at selve prissætningen for læssemaskiner og løst udstyr ikke fuldt ud fremgik af prisbilaget, jf. Appendiks C.1, idet enkelte delpriser og enhedspriser konkret skulle udledes af tilbudets Anneks 1-3.

Volvo har oplyst alle relevante priser med undtagelse af enhedspris for maskinsimulator. Således fremgår der eksempelvis ikke i prisbilaget en enhedspris for selve læssemaskinerne, men denne enhedspris kan udledes af Anneks 1-3. På samme måde er der ikke i prisbilaget indført en udviklings- og enhedspris for den beskyttede førerkabine, men denne pris fremgår af Volvos

prisoverslag af 13. februar 2023 under overskriften ”Total estimeret salgspris på kabine”. Heraf fremgår både prisen for den første beskyttede førerkabine, inklusive udviklingsomkostninger, og prisen for de efterfølgende førerkabiner, jf. også prisstrukturen i Appendiks C.1.

Prisen for ”Selvrensende vinterdæk”, jf. Krav ID-nr. 132, fremgår ikke af prisbilaget eller af Anneks 1-3, men af tilbud af 13. februar 2024. Det er udtryk for en forglemmelse, at enhedsprisen ikke blev ført over i prisbilaget, og fejlen opstod formentligt, fordi FMI konkret endte med ikke at bestille disse vinterdæk i forbindelse med initialkøbet. Der er imidlertid ikke tale om, at vinterdækkene ikke har været prissat, eller at kravene til vinterdækkene ikke har været opfyldt. Under alle omstændigheder er der alene tale om løst udstyr af begrænset økonomisk værdi.

Det forhold, at FMI som følge af forhandlingerne med Volvo fraveg udbudsmaterialets formelle rammer, er uden indholdsmæssig betydning for tilbudets materielle indhold, og der er ikke tale om en fravigelse, som kvalificerer til en egentlig ændring af rammeaftalen og heller ikke en ændring af grundlæggende elementer.

Det kan ikke have påvirket andre tilbudsgiveres deltagelse i udbudsprocessen, hvis det havde været udtrykkeligt fastsat, at tilbudsgiverne havde yderligere formfrihed i forhold til tilbuddets form, da det i forvejen fremgik af udbudsmaterialet, at et sådant tilbud ikke nødvendigvis ville blive anset som ukonditionsmæssigt. Volvo har i øvrigt ikke fået en usaglig konkurrencemæssig fordel som følge af fravigelserne.

Tilpasningen udgør derfor ikke en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 24, nr. 37.

Ad Volvos udfyldelse af kolonnen ”Tilbudsgivers bemærkninger” i Appendiks C

Appendiks C i den udbudte rammeaftale og i den rammeaftale, der blev indgået med Volvo, indeholder en kolonne benævnt ”Tilbudsgivers bemærkninger”. I denne kolonne havde tilbudsgiverne mulighed for at indsætte forskellige informationer angående den tilbudte løsning.

Volvo har indsat en række oplysninger, som måske kan udlægges som forbehold for opfyldelsen af de enkelte tekniske krav. Det er imidlertid ikke sådan, Volvos bemærkninger skal forstås.

I rammeaftalens pkt. 21 er det anført, at kravspecifikationen – i tilfælde af uklarheder i tilbuddet – har forrang. I det omfang en bemærkning i tilbudsmaterialet kan tolkes som udtryk for et forbehold, indebærer bestemmelsen om forrang således, at det er kravene i kravspecifikationen, der gælder, og at det eventuelle forbehold dermed ikke kan påberåbes af leverandøren.

Ad Volvos bemærkninger til Krav ID-nr. 29 og nr. 30 om totalvægt og akseltryk

Kravspecifikationen indeholder krav til læssemaskinernes maksimale akseltryk og tilladte totalvægt, jf. Krav ID-nr. 29 og 30.

Volvo havde ved sin besvarelse af kravspecifikationen indsat bemærkning om, at ”Pansring af førerkabine kan påvirke dette”. Volvo tog ved denne bemærkning ikke forbehold for opfyldelsen af de to mindstekrav, da Volvo ved angivelsen af ”J” (ja) i kolonnen ”Kravopfyldelse” bekræftede, at kravet opfyldes.

Bemærkningen skal derimod ses som udtryk for, at Volvo gjorde opmærksom på, at den beskyttede førerkabine kunne have betydning for akseltryk og totalvægt, hvilket må anses som indlysende og ukontroversielt. Bemærkningen kan derfor ikke anses som et forbehold over for opfyldelsen af de tekniske krav og derfor heller ikke som udtryk for en ændring af grundlæggende elementer.

Ad Volvos bemærkninger i relation til den beskyttede førerkabine, jf. Krav ID-nr. 92-114

Kravspecifikationen indeholdt en række krav til den beskyttede førerkabine, jf. Krav ID-nr. 92-114. I relation til disse krav havde Volvo indsat bemærkning om, at ”Endelig løsning for beskyttet førerkabine er stadig under udarbejdelse”.

Derudover havde Volvo i Anneks 1 og 2 angående L70H-vægtklassen indsat følgende bemærkning: ”Design og beskyttelsesniveau for beskyttede førerkabiner skal afklares fra FMI/Ekstern leverandør/ Volvo CE, og vil have indflydelse på pris og leveringstid, de 12 mdr. leveringstid er ikke gældende.”

Det havde hele tiden været forudsat, at kravet om en leveringstid på 12 måneder ikke skulle finde anvendelse for de beskyttede førerkabiner, der i stedet var underlagt en leveringstid på 24 måneder for at give leverandøren tid til design- og udviklingsfasen. På dette punkt var der derfor ikke noget nyt i Volvos bemærkning.

Det var også ukontroversielt, at de udestående afklaringer ville have indflydelse på pris. Volvo havde afgivet et prisoverslag, som begge parter anså som en maksimumpris. FMI og Volvo havde derfor en forventning om, at denne pris på sigt skulle genforhandles, når design var endeligt afklaret. Denne bemærkning kan derfor heller ikke anses som et forbehold over for opfyldelsen af de tekniske krav og derfor heller ikke som udtryk for en ændring af grundlæggende elementer.

Det er fejlagtigt at konkludere, at Volvos rolle som eneste tilbudsgiver automatisk resulterede i en ”meget højere pris” og dermed en lav økonomisk risiko. Zeppelins synspunkt herom bygger antageligt på den forkerte forudsætning, at Volvo allerede ved deltagelse i forhandlingerne var garanteret en aftale og derfor kunne prisfastsætte efter forgodtbefindende. Det forhold, at en virksomhed forhandler som eneste tilbudsgiver, betyder ikke, at virksomheden frit kan fastsætte priser uden hensyntagen til markedsvilkår, produktionsomkostninger eller konkurrencepres fra alternative løsninger. Hvis Volvo frit kunne diktere pris og vilkår, ville forhandlingsforløbet under alle omstændigheder have været betydeligt kortere. Dertil kommer, at FMI er en stor offentlig indkøber, som med sit indgående markedskendskab og faglige ressourcer kan og vil udfordre tilbudsgiver i en sådan situation.

Ad påstand 4

Zeppelin har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med de grundlæggende principper i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have forhandlet med Volvo gennem en periode på 1 ½ år og efterfølgende foretaget direkte tildeling i maj 2024.

Tilbudsfristen i det andet udbud var den 23. juni 2022. Det var dette udbud, som overgik til udbud med forhandling, og som resulterede i, at FMI og Volvo indgik en rammeaftale den 16. maj 2024.

I så lang en periode vil der uvilkårligt ske ændringer i samfundsmæssige vilkår, der kan have betydning for udførelsen af en kontrakt. Udbuddene i 2021 og 2022 skete i kølvandet på COVID-19 med påvirkning af leveringstider på råvarer og uberegnelige prisstigninger. Desuden blev udbuddet i 2022 iværksat umiddelbart efter Ruslands invasion af Ukraine, hvilket også skabte stor usikkerhed på markederne og dermed påvirkning af forsyningssikkerhed, leveringstider og priser.

Netop faktorerne om forsyningssikkerhed, leveringstider og prissætning af råvarer blev af de interesserede tilbudsgivere i begge udbud adresseret som værende problematiske i sammenhæng med de krav og betingelser, som FMI stillede i udbuddene, og var dermed årsag til manglende tilbudsafgivelse.

I den samme periode, som forhandlingerne pågik, skete der store samfundsmæssige ændringer, herunder navnlig angående den leveringsusikkerhed og voldsomt svingende råvarepriser der var i 2021-2022, hvor udbud nr. 1 og nr. 2 blev gennemført. Dette var forhold, som tilbudsgiverne havde problematiseret i deres tilbagemeldinger efter begge udbud. Det lange forhandlingsforløb har medført, at flere af tilbudsgiverne ville turde forpligte sig i henhold til rammeaftalens vilkår i 2024 frem for i 2022. Volvo afgav heller ikke tilbud i 2022, da virksomheden ikke mente at kunne forpligte sig på de vilkår, der var fremlagt på daværende tidspunkt. Den lange forhandlingsperiode har også medført, at den tekniske udvikling har overhalet nødvendigheden af de beskyttede førerkabiner på den måde, som var forudsat i udbudsmaterialet. Der er i dag bedre og langt billigere løsninger på markedet til at beskytte personel fra at komme til skade.

Der er ikke direkte angivet begrænsninger for den tidsmæssige udstrækning af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 1. Bestemmelsen skal fortolkes restriktivt. På den baggrund og henset til proportionalitetsprincippet bør udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse begrænses i tidsmæssig udstrækning.

FMI var ved de to udbudsrunder af den opfattelse, at rammeaftalen kunne indgås på baggrund af det da foreliggende udbudsmateriale. FMI's anbringende om, at der under forhandlingerne med Volvo ikke blev foretaget væsentlige ændringer i forhold til det oprindelige udbudsmateriale, stemmer ikke overens med det meget lange forhandlingsforløb, og at ydelsen ifølge FMI var kompleks og krævede tid til grundig behandling.

Forhandlingerne burde aldrig have taget så lang tid. Volvo oplyste allerede i marts 2021, at virksomheden kunne levere en udskiftelig beskyttet førerkabine. Dette blev gentaget efter udbud nr. 1 og nr. 2. Forhandlingerne burde således hurtigt have kunnet færdiggøres. De beskyttede førerkabiner var en meget stor del af forhandlingerne i et meget langt forløb.

Det fremgår af referaterne fra møderne mellem FMI og Volvo, at Volvo overvejende har været skyld i langsommeligheden. FMI kan som ordregiver og den ansvarlige for processen ikke lægge ansvaret fra sig. FMI er forpligtet til at styre processen, herunder at sikre fremgang i forhandlingerne ved at sætte og håndhæve frister og alternativt afbryde forhandlingerne og finde andre løsninger, hvis den tilbudsgiver, der forhandles med, ikke overholder aftaler eller ikke virker troværdig i forhold til rent faktisk at kunne levere.

FMI påbegyndte først reelle forhandlinger med Volvo i februar 2023, hvilket var otte måneder efter tilbudsfristen. Herefter var der indimellem langt mellem møderne. Det næste møde blev først afholdt den 24. marts 2023. Hen over sommerferien gik der fire måneder mellem mødet den 17. maj 2023 og mødet den 15. september 2023 og hen over julen tre måneder fra mødet den 10. november 2023 til mødet den 9. februar 2024. På trods af de indimellem lange perioder mellem møderne var der ikke reel fremdrift i forhandlingerne, og nogle punkter var på dagsordenen gennem flere møder, uden der var sket det mindste. Dette er ikke et udtryk for, at FMI har sørget for at sikre fremdrift i forhandlingerne for dermed at begrænse den tidsmæssige udstrækning. Det er korrekt, at forhandlinger kan være langvarige, men i erhvervslivet er det muligt at forhandle meget store og komplicerede aftaler på plads på en brøkdel af den tid, FMI og Volvo forhandlede i denne sag.

FMI har accepteret Volvos langsommelighed og har i virkeligheden overtaget Volvos opgaver og ansvar med at undersøge forhold om de beskyttede førerkabiner, hvilket går langt ud over, hvad en ordregiver i et udbud med

forhandling uden forudgående offentliggørelse kan og må gøre for ikke at være i strid med de grundlæggende udbudsretlige principper.

Den lange forhandlingsperiode har derfor medført, at hele grundlaget for at lade udbuddet overgå til forhandling som følge af manglende tilbud ikke længere var en valid begrundelse for at foretage direkte tildeling. Forhandlingsforløbet over 1½ år kan ikke begrundes i kompleksiteten af aftalen, og de beslutningsprocesser og lovmæssige hjemler, en offentlig indkøber er underlagt. Et offentligt udbud, som efter planen blot skulle have været afsluttet med indgåelse af en rammeaftale og opstart af leverancer, er ikke særligt kompliceret eller underlagt besværlige beslutningsprocesser og lovmæssige hjemler.

Da FMI ikke sørgede for at sikre fremdrift i forhandlingerne, har FMI handlet i strid med de grundlæggende principper i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have forhandlet med en enkelt tilbudsgiver gennem en længerevarende periode og efterfølgende foretaget direkte tildeling i strid med udbudsreglerne.

FMI har gjort gældende, at de grundlæggende principper i udbudslovens § 2 ikke indebærer en forpligtelse for en ordregiver til i alle tilfælde at foretage en sammenstilling af verdenssituationen på tidspunktet, hvor kontraktforhandlingerne indledes, og tidspunktet, hvor kontrakten indgås, selvom der i øvrigt har været klar hjemmel til at indlede forhandlingerne uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

En så vidtgående forpligtelse må forudsætte klar lovhjemmel, hvilket hverken kan udledes af udbudslovens § 2 eller af udbudslovens § 80. Udbudslovens § 80, stk. 1, indeholder ingen begrænsninger i forhold til, hvor lang tid forhandlinger om kontraktgenstanden må vare ved. Det kan heller ikke udledes af proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2, at denne indebærer en forpligtelse til at begrænse den tidsmæssige udstrækning af forhandlinger under § 80, stk. 1. Proportionalitetsprincippet indebærer derimod, at den tidsmæssige udstrækning af forhandlingerne skal stå i et rimeligt forhold til det konkrete indkøb og de udfordringer, som parterne står overfor.

Det er helt sædvanligt, at forhandlinger kan vare ved, endog i meget lang tid, og FMI har ikke forholdt sig passivt, ageret langsomt eller undladt at påtage sig et ansvar for forhandlingernes fremgang i denne periode, hvilket heller

ikke kan udledes af referaterne fra forhandlingerne med Volvo. FMI har vedvarende og aktivt søgt at få indgået en acceptabel aftale med Volvo, hvilket også understøttes af, at dialogen med Volvo blev indledt straks efter tilbudsfristen på udbud nr. 2, at FMI løbende fulgte op processen for at sikre fremdrift, og at kompleksiteten af aftalen krævede tekniske afklaringer og grundighed. Aftalen indeholder en kompleks ydelse, som krævede tid til grundig behandling. Forløbet er derfor ikke et udtryk for langsommelighed, men for nødvendigheden af at sikre en robust og holdbar aftale, der tilgodeser Forsvarets behov. Disse forhold viser samlet set, at FMI har handlet rettidigt og professionelt i forbindelse med forhandlingerne, og FMI har hele vejen igennem sørget for fremgang samtidig med at sikre en forsvarlig proces, og forhandlingsforløbet har stået i rimeligt forhold til den konkrete anskaffelse og situation. Offentlige indkøb behandles seriøst og ansvarligt af FMI, hvilket har betydning for hastigheden, hvormed en forhandlingsproces kan skyndes igennem.

Det lange forhandlingsforløb har ikke ”ganske utvivlsomt” medført, at flere af tilbudsgiverne ville turde forpligte sig i henhold til rammeaftalens vilkår i 2024. Verdenssituationen kan have ændret sig undervejs i en længerevarende forhandlingsperiode. Der vil altid kunne peges på globale omstændigheder, som kan have betydning for leverandørerne, herunder i forhold til leveringstider og priser. Henover de seneste fem år alene kan der f.eks. peges på den globale coronaviruspandemi, krigens udbrud i Ukraine, containerskibet, der i seks dage blokerede al trafik gennem Suezkanalen, eller usikkerhederne i relation til toldrestriktioner, som følger af det nylige præsidentvalg i USA.

Hvis man indtager Zeppelins synspunkt, må det principielt betyde, at alle udbud med forhandling, jf. udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, som gennemføres under en global begivenhed har mistet deres legitimitet, når risikobilledet ændrer sig.

Det gælder generelt, at når leverandører afgiver tilbud i et udbud, må leverandørerne tage højde for disse mangeartede risici, f.eks. ved at tilføje en sikkerhedsmargin til de tilbudte priser og leveringstiderne. Hvis risiciene vurderes at være for høje til, at kontrakten kan anses som kommercielt attraktiv for leverandøren, må leverandøren afstå fra at afgive sit tilbud. Det var netop sådanne overvejelser, som gjorde, at Zeppelin valgte at afstå fra at afgive et tilbud. Det må stå leverandørerne frit for at foretage en sådan afvejning, og på dette punkt er leverandørerne ligestillede.

Tilsvarende må det stå en ordregiver frit for, om man ønsker at gennemføre et indkøb uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, hvis betingelserne herfor er opfyldt, på et tidspunkt, hvor der er risiko for forhøjede priser og forlængede leveringstider. Dette er et kommercielt anliggende, som udbudsretten ikke angår.

Når en ordregiver indleder forhandlinger i medfør af udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, skyldes dette, at der ikke er modtaget et eneste tilbud. Sådanne situationer med manglende konkurrence kan bl.a. opstå, netop fordi de potentielle leverandører tager højde for kommercielle risici forbundet med konkrete samfundsmæssige begivenheder, som måtte foreligge på tidspunktet for tilbudsfristen.

Det kan aldrig være ordregiverens forpligtelse at monitorere udviklingen på verdensmarkedet undervejs i forhandlingerne, som er initieret i medfør af udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, med henblik på at estimere, om den kalkulerede risiko, som leverandørerne måtte have foretaget, og som eventuelt har medført, at en leverandør konkret har afstået fra at afgive tilbud, ville have set anderledes ud på tidspunktet, hvor der tildeles en kontrakt i medfør af forhandlingerne.

Forhandlingsforløbet udgør på den baggrund ikke en overtrædelse af udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1.

Ad påstand 5

Zeppelin har gjort gældende, at rammeaftalen og de under rammeaftalen indgåede aftaler om levering af læssemaskiner skal erklæres for uden virkning, da FMI har foretaget en direkte, ulovlig tildeling af rammeaftalen til Volvo uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller gennemførelse af en udbudsprocedure, hvilket er i strid med de grundlæggende principper i udbudslovens § 2, stk. 1.

Det er kun de fem allerede leverede læssemaskiner, der kan betragtes som gennemførte leverancer. De 10 læssemaskiner, som FMI har bestilt, er ikke at betragte som gennemførte leverancer, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 1.

Der er ikke hjemmel i udbudsreglerne eller den almindelige aftaleret til at betragte de bestilte, men endnu ikke leverede læssemaskiner, som gennemførte leverancer. Der er derfor ikke sket levering ved bestilling eller som følge af en kontraktretlig forpligtelse. Ifølge den dagældende bestemmelse i klagenævnslovens § 18 kunne en kontrakt erklæres for uden virkning for allerede foretagne leverancer, hvis leverancerne kunne tilbageleveres i væsentlig samme stand. Det fremgår af bemærkningerne til lov nr. 511 af 27. maj 2013, at "...leverandører ikke tvinges til at tage allerede gennemførte leverancer retur". Idet der tales om tilbagelevering af gennemførte leverancer og tage allerede gennemførte leverancer retur, forudsættes det ganske entydigt, at leverancerne skal være fysisk leveret for, at der er tale om gennemførte leverancer, da de ellers ikke kunne tilbageleveres eller tages retur. I den nu gældende bestemmelse i klagenævnslovens § 18 er der ikke længere mulighed for at erklære en kontrakt for uden virkning for allerede foretagne leverancer. Dette betyder, at rammeaftalen skal erklæres for uden virkning for de fremtidige leverancer, hvilket omfatter de 10 bestilte, men endnu ikke leverede læssemaskiner, ligesom der skal fastsættes en alternativ sanktion for de fem læssemaskiner, som er leveret.

Der foreligger ikke væsentlige hensyn til almenhedens interesser, som kan begrunde, at rammeaftalen skal opretholdes, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 3. Begrebet "hensyn til almenhedens interesser" skal fortolkes indskrænkende, og der skal være tale om hensyn til menneskers eller dyrs liv eller sundhed eller nødvendighed i forhold til forsyningssikkerhed. Dette er der ikke tale om, og undtagelsesbestemmelsen kan derfor ikke anvendes.

Det beror som anført på FMI's egne forhold, herunder mangelfuld planlægning og gennemførelse af de to udbud samt manglende styring af forhandlingsprocessen, at der har været tale om en langvarig og ressourcekrævende proces over samlet fire år. Det forhold, at Hæren har brug for læssemaskinerne, kan derfor ikke begrunde, at rammeaftalen ikke skal erklæres for uden virkning, da det ikke kan begrunde uforudset nødvendighed.

Sikkerhedshensyn kan heller ikke begrunde, at rammeaftalen ikke skal erklæres for uden virkning. FMI har anført, at Hæren har brug for læssemaskiner med en beskyttet førerkabine, idet trusselsniveauet for Hærens anvendelse af læssemaskiner er høj. FMI har bestilt 15 civile læssemaskiner og ikke én eneste af dem med beskyttet førerkabine. Det må derfor formodes, at det ikke er Hæren, som primært har brug for læssemaskinerne, da der ikke er

bestilt læssemaskiner med beskyttede førerkabiner. Læssemaskinerne skal derfor ikke bruges steder, hvor det er nødvendigt med denne form for sikkerhed. Da udbuddene blev gennemført efter udbudsloven og ikke efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet, kan hensyn til forsvarssikkerhed desuden ikke være så afgørende. Zeppelin har i øvrigt ikke mulighed for nærmere at forholde sig til FMI's argumenter for sikkerhedshensynene, da Zeppelin ikke har adgang til FMI's redegørelse for de operative konsekvenser for Forsvarets virke ved en kendelse om uden virkning.

Der er således ingen af FMI's argumenter, som berettiger til brug af undtagelsesbestemmelsen om væsentlige hensyn til almenhedens interesser i klagenævnslovens § 17, stk. 3. Heller ikke det, det har været muligt at læse i de af FMI afklassificerede oplysninger, berettiger til at fravige udgangspunktet om, at en direkte tildelt rammeaftale i strid med udbudsreglerne skal erklæres for uden virkning. Det forhold, at FMI ikke har bestilt beskyttede førerkabiner, understøtter, at der ikke er tale om nødvendighed i forhold til internationale forpligtelser med højt trusselsniveau.

Der er desuden ikke tale om specifikke læssemaskiner, som allerede fra opstart af produktionen tilpasses FMI's krav. Tværtimod er der tale om ganske almindelige civile læssemaskiner, som kort før levering får påmonteret ekstraudstyr, hvorfor værdispildsbetragtninger heller ikke kan begrunde opretholdelse af rammeaftalen eller af FMI's beslutning om ulovlig direkte tildeling af rammeaftalen.

Det forhold, at der potentielt kan blive tale om en tvist mellem FMI og Volvo i tilfælde af en kendelse om uden virkning for fremtidige leverancer, kan ikke begrunde, at rammeaftalen og fremtidige leverancer opretholdes, da det ville stride mod reglerne, herunder især i relation til reglerne om uden virkning ved direkte tildeling i strid med udbudsreglerne. Desuden er der netop indsat en bestemmelse herom i rammeaftalen.

FMI har gjort gældende, at rammeaftalen ikke ulovligt er direkte tildelt Volvo, og rammeaftalen kan på den baggrund ikke erklæres for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, modsætningsvis. Der henvises herved til det anførte under påstand 1-4.

Hvis rammeaftalen blev indgået i strid med udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, skal rammeaftalen som helhed, subsidiært de kontrakter, der allerede er tildelt på rammeaftalen, opretholdes med henvisning til klagenævnslovens § 17, stk. 3, da væsentlige hensyn til almenhedens interesser taler herfor. Hensynet til almenhedens interesser tilsiger, at der foretages en konkret vurdering af konsekvenserne ved at erklære rammeaftalen for uden virkning.

Det fremgår af bestemmelsens forarbejder, at et ”væsentligt hensyn til almenhedens interesser kan fx være til stede, hvis den omstændighed, at en kontrakt bringes til ophør, umuliggør opfyldelse af en ordregivers forsyningspligt eller bringer mennesker eller dyrs liv eller sundhed i fare”.

Forsvarets behov for læssemaskinerne blev gennem forløbet mere og mere kritisk, og på det tidspunkt, hvor FMI indgik rammeaftalen med Volvo, var den eksisterende flåde så nedslidt, at rådighedsgraden måtte betegnes som uacceptabel. For så vidt angår de læssemaskiner, som skal anvendes til brug for snerydning på Forsvarets flyvestationer, vil manglende opretholdelse af rammeaftalen kunne få betydelige konsekvenser for Forsvarets evne til at rydde sne i vintermånederne og dermed opretholde en normal drift på flyvebaserne. For så vidt angår de læssemaskiner, som anvendes af Hæren, vil manglende opretholdelse af rammeaftalen ultimativt kunne få konsekvenser for Hærens arbejdsopgaver og dermed opfyldelsen af det nationale beredskab, samt internationale forpligtelser i henhold til NATO-samarbejdet.

FMI kan af sikkerhedshensyn ikke gå yderligere i detaljer med de operative konsekvenser, som en kendelse om uden virkning kan få for Forsvarets virke, idet der er tale om klassificerede oplysninger. FMI har imidlertid for klagenævnet fremlagt oplysninger herom, der af sikkerhedshensyn ikke blev delt med Zeppelin.

Det forhold, at FMI endnu ikke har bestilt beskyttede førerkabiner, ændrer ikke på, at Forsvarets operative behov for læssemaskinerne, selv uden beskyttet førerkabine, tilsiger, at kontrakterne bør opretholdes. Læssemaskinerne er som anført nødvendige for, at Flyvevåbnet kan rydde sne i vintermånederne og dermed opretholde en normal drift på flyvebaserne, ligesom læssemaskinerne er afgørende for Hærens operative opgaver og beredskab.

Det vil således få store konsekvenser for Forsvarets virke, hvis FMI tvinges til at bringe rammeaftalen til ophør for at gennemføre et tredje udbud uden

konkrete forventninger om, at en leverandør denne gang melder sig på banen, idet FMI's krav i det væsentlige er uændrede, og idet udbudsmaterialet derfor i alt væsentligt også vil være svarende til det udbudsmateriale, der allerede uden held har været prøvet på markedet. Allerede ved overgangen mellem første og andet udbud imødekom FMI markedet betydeligt ved at foretage en række tilretninger baseret på input fra bl.a. Zeppelin. FMI havde derfor en forventning om, at der ville blive afgivet tilbud i udbud nr. 2. Det kan derfor heller ikke blot forudsættes, at leverandørmarkedet ved et tredje udbud skulle udvise den nødvendige interesse.

Det er ikke muligt at sondre mellem indkøb af "civile" og militære læssemaskiner under rammeaftalen. Der er tale om én type læssemaskiner, der alle er konstrueret med henblik på muligheden for montering af en beskyttet førerkabine. Den beskyttede førerkabine er et tilkøb, som påmonteres de allerede bestilte læssemaskiner. Det forhold, at FMI har bestilt 15 læssemaskiner uden samtidig at bestille en tilhørende beskyttet førerkabine, kan ikke i sig selv føre til en konklusion om, at disse er af rent civil karakter.

Det er forkert at antage, at de bestilte læssemaskiner er "ganske almindelige civile læssemaskiner", indtil de får påmonteret "ekstraudstyr". Flere af konfigurationerne monteres og installeres på samlebandet, og de kan derfor ikke umiddelbart fjernes igen. Konfigurationerne er særligt tilpasset Forsvarets behov og indebærer flere funktioner, som gør maskinerne uegnede for anvendelse af civile kunder. Samlet set gør disse konfigurationer, at læssemaskinerne i hvert fald er vanskelige at videresælge, hvis ikke reelt umulige uden stort værditab. Værdispildsbetragtninger kan derfor indgå i vurderingen af, om rammeaftalen og tildelingsbeslutningen bør opretholdes.

Det er ikke alene indkøb omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, som kan have militære formål. Der er adskillige eksempler på "civile varer", der anskaffes med henblik på at opfylde militære eller sikkerhedsmæssige formål. Det beror på en konkret vurdering, om en specifik anskaffelse er omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, og det forhold, at et bestemt indkøb ikke udbydes efter direktivet – enten fordi indkøbet ikke falder ind under anvendelsesområdet for direktivet, eller fordi ordregiver vælger at benytte udbudslovens regelsæt – udelukker ikke, at indkøbet kan ske med henblik på at opfylde militære sikkerhedsmæssige formål.

Hvis klagenævnslovens § 17, stk. 3, ikke finder anvendelse på både rammeaftalen og de kontrakter, som er tildelt på baggrund af rammeaftalen, herunder kontrakter hvor der stadig udestår levering, bør en kendelse om uden virkning alene omfatte rammeaftalen, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 1, som foreskriver, at en kontrakt erklæres for uden virkning for ”fremtidige leverancer”.

På nuværende tidspunkt har FMI bestilt og fået leveret fem læssemaskiner. Der er derudover indgået indkøbsordre på yderligere 10 læssemaskiner. Volvo har på nuværende tidspunkt igangsat produktionen heraf, herunder med konfiguration specifikt efter FMI's behov, med planlagt levering i perioden 30. september 2025 – 5. juni 2026.

Det er ikke alene de fem leverede læssemaskiner til Flyvevåbnet, som skal betragtes som allerede gennemførte leverancer i henhold til klagenævnslovens § 18. Formålet med ændringen af klagenævnslovens § 18 var bl.a. at sikre forudsigelighed og økonomisk klarhed for leverancer, der er gennemført, herunder særligt leverancer som er leveret. Dette formål gælder også for leverancer, som er bestilt, og hvor produktion er igangsat. Det forhold, at læssemaskinerne er bestilt, men ikke fysisk leveret, medfører således ikke, at disse læssemaskiner skal betragtes som ”fremtidige leverancer”. Hvis man fulgte Zeppelins fortolkning af § 18, ville dette eksempelvis indebære, at mangeårigt byggeri af et skib, som stort set er færdigproduceret, men som f.eks. mangler montering af en mindre teknisk komponent inden aflevering kan ske, stadig skulle anses som en ”fremtidig leverance”, uanset at det reelt er færdigbygget, funktionsdygtigt og klart til at blive taget i brug. Dette vil stride imod bestemmelsens formål og føre til uhensigtsmæssige og økonomisk uansvarlige konsekvenser for leverandører og ordregivere. Ordlyden af klagenævnslovens § 18 og forarbejderne til bestemmelsen indikerer ikke, at en leverance skal være fysisk leveret før denne falder uden for begrebet ”fremtidig leverance”, og Zeppelin har heller ikke underbygget en sådan fortolkning af bestemmelsen. Det afgørende er, at FMI har bestilt læssemaskinerne hos Volvo og dermed indgået en kontraktretlig forpligtelse under rammeaftalen. I modsat fald ville klagenævnet i hvert enkelt tilfælde skulle foretage en konkret vurdering af indkøbets færdiggørelsesgrad, hvilket ikke er hensigten med bestemmelsen. En sådan vurdering ville desuden kræve indgående indsigt i brancheforhold, kontraktens karakteristika mv.

Hvis de fremtidige leverancer, herunder for så vidt angår de 10 læssemaskiner, erklæres for uden virkning, pålægges FMI dermed at undlade at opfylde sine forpligtelser i de indgående leverancekontrakter, hvilket vil medføre et erstatningsretligt opgør. En kendelse herom vil stride imod selve formålet med klagenævnslovens § 18, der ved lov nr. 511 af 27. maj 2013 netop blev ændret for at sikre mere forudsigelighed og klarhed for leverancer, der allerede er gennemført, og dermed stabilitet i kontraktforholdet mellem ordregiver og leverandør. Denne forudsigelighed understøttes bl.a. af effektive økonomiske sanktioner i forhold til allerede gennemførte leverancer. Dette må under alle omstændigheder også gælde for de 10 læssemaskiner, der allerede er bestilt og dermed er en del af kontraktens realisering. Kontrakten er i realiteten opfyldt i en sådan grad, at den må anses for at falde uden for begrebet ”fremtidige leverancer”.

For de fem leverede læssemaskiner skal der i stedet fastsættes en alternativ økonomisk sanktion, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 2, nr. 3. Klagenævnet bør i forbindelse med fastsættelsen af størrelsen på denne sanktion tage højde for det forhold, at FMI flere gange forsøgte at gennemføre et udbud af anskaffelsen.

Selvom en kendelse om uden virkning måtte omfatte samtlige endnu ikke fysisk leverede bestillinger, vil det ikke nødvendigvis føre til, at FMI gennemfører et tredje udbud. Med henvisning til de nuværende geopolitiske sikkerhedshensyn er det muligt, at FMI er nødsaget til at indkøbe læssemaskinerne i medfør af de udbudsretlige undtagelsesbestemmelser.

Ad påstand 6 (subsidiær til påstand 5)

Zeppelin har gjort gældende, at klagenævnet efter karakteren og betydningen af FMI's overtrædelse af udbudsreglerne i påstand 1-4 skal annullere FMI's beslutning om direkte tildeling af rammeaftalen til Volvo og pålægge FMI at bringe rammeaftalen til ophør, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, hvis rammeaftalen ikke erklæres for uden virkning.

Det er ikke korrekt, at FMI's overtrædelse af udbudsreglerne ikke har haft konkret indflydelse på tildelingsbeslutningen. Volvo valgte heller ikke at afgive tilbud under udbuddene og var først villig til at indgå aftale og forpligte sig efter et meget langvarigt forhandlingsforløb, hvilket andre tilbudsgivere formentlig også kunne have ønsket efter et tilsvarende forløb.

Den lange forhandlingsperiode ville have givet flere af de andre interesserede tilbudsgivere mulighed for og tid til at udvikle en løsning til beskyttede førerkabiner. En løsning, som Volvo fortsat ikke havde på tidspunktet for indgåelse af rammeaftalen i maj 2024, og som Volvo formentlig stadig ikke har.

Tildelingsbeslutningen har derfor haft konkret væsentlig indflydelse, og der foreligger ikke særlige forhold, der taler imod annullation af tildelingsbeslutningen.

Værdispildsbetragtninger kan ikke begrunde, at der ikke skal ske annullation af FMI's tildelingsbeslutning. FMI har alene bestilt civile læssemaskiner og dermed ganske sædvanlige standard maskiner, som Volvo vil kunne afsætte til anden side. Der vil derfor ikke være tale om værdispild, idet der ikke er blevet produceret noget, som ikke vil kunne afsættes.

Hensyn til Volvo kan ikke begrunde, at der ikke skal ske annullation af tildelingsbeslutningen. FMI har i rammeaftalen forudsat, at den kan ophæves i tilfælde af tilsidesættelse af udbudsreglerne, idet der i rammeaftalens pkt. 15.2 er indsat en bestemmelse herom. Volvo har således ved indgåelsen af rammeaftalen været bevidst om, at der var denne mulighed, hvis det viste sig, at der i processen var sket tilsidesættelse af udbudsreglerne. Desuden kan Volvo sælge de bestilte, men endnu ikke leverede læssemaskiner til anden side, da der er tale om civile standardmaskiner. Det fremstår uklart, om Volvo har "lagt betydelige ressourcer i at afdække de mange spørgsmål i relation til den beskyttede førerkabine", da det fremgår af mødereferaterne, at FMI påtog sig en stor del af ansvaret for undersøgelserne og udviklingen af de beskyttede førerkabiner.

FMI valgte ikke at bestille læssemaskiner med beskyttede førerkabiner, hvorfor dette reelt ikke har noget med annullation af tildelingsbeslutningen at gøre.

FMI har gjort gældende, at der på baggrund af det anførte under påstand 1-4 ikke er grundlag for at tage annullationspåstanden til følge, da FMI ikke har overtrådt udbudsreglerne ved at indgå rammeaftalen med Volvo.

En eventuel overtrædelse har ikke en sådan grovhed, at det kan kvalificere til at annullere tildelingsbeslutningen. Det er fast antaget i litteraturen, at annul-lation af en tildelingsbeslutning er en så alvorlig sanktion, at den kun vil komme på tale, når ordregiverens overtrædelse af udbudsreglerne er af en vis grovhed og af en sådan karakter, at kontrakten på grund af fejlen eller med en vis sandsynlighed blev tildelt en forkert tilbudsgiver, jf. bl.a. klagenævnets kendelser af 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet, af 7. oktober 2015, Stadsing A/S mod Herning Kommune, og af 5. marts 2024, Otis A/S mod Staten- og Kommunernes Indkøbsservice.

Det antages ligeledes, at de almindelige forvaltningsretlige betingelser for ugyldighed tilsvarende gør sig gældende i relation til spørgsmålet om annul-lation af tildelingsbeslutninger ved klagenævnet, og det er således bl.a. en betingelse for annul-lation, at tildelingsbeslutningen har haft konkret væsent-lig indflydelse, og at der ikke foreligger særlige forhold, der taler afgørende imod annul-lation.

FMI's eventuelle overtrædelse af udbudsreglerne har ikke haft konkret ind-flydelse på tildelingsbeslutningen. Der var ingen leverandører, som afgav til-bud på FMI's udbud, hverken første eller anden gang, hvilket indikerer, at markedet på daværende tidspunkt ikke fandt betingelserne for deltagelse at-traktive eller mulige at opfylde. Dette uanset at FMI i væsentligt omfang havde imødekommet leverandørernes indsigelser. Det må derfor lægges til grund, at rammeaftalen ikke blev anset som kommercielt attraktiv for disse leverandører. At ingen afgav tilbud må ses i lyset af, at der ikke var tale om almindelige, civile læsemaskiner, men om læsemaskiner som skulle tilpas-ses det danske forsvars behov.

Der er ikke grundlag for at antage, at andre leverandører ville have afgivet tilbud på rammeaftalen, hvis den havde været tilpasset, som det skete i for-bindelse med kontraktindgåelsen med Volvo. Rammeaftalen indeholder sta-dig en udviklingsforpligtelse i relation til den pansrede førerkabine under fa-ste krav til bl.a. leveringstid. De ændringer, der blev foretaget i rammeaftalen under forhandlingerne med Volvo, var af mindre og uvæsentlig karakter, hvorfor de ikke har haft nogen reel betydning for markedets interesse i at deltage. Der var således ikke tale om ændringer, som kunne have tilskyndet flere tilbudsgivere til at byde. Tildelingen til Volvo er således konkret uvæ-sentlig, hvis det lægges til grund, at den var uhjemlet. Volvo var den eneste

leverandør, der var indstillet på at forpligte sig til kravene angående den pansrede førerkabine.

Volvos efterfølgende villighed til at indgå aftale efter et forhandlingsforløb ændrer ikke ved, at ingen økonomiske aktører oprindeligt valgte at afgive tilbud på baggrund af udbudsbetingelserne. Dertil kommer, at Volvo fortsat er forpligtet til at levere en beskyttet førerkabine, og at denne leveringsforpligtelse er uændret, ligesom FMI fortsat er frit stillet i forhold til at købe den tilbudte beskyttede førerkabine.

I relation til betingelsen om, at der ikke må foreligge særlige forhold, som taler afgørende imod annulation, henvises der til anbringenderne fremført under påstand 5 til støtte for, at klagenævnslovens § 17, stk. 3, skal bringes i anvendelse. At særlige forhold kan tale for opretholdelsen af en rammeaftale, uanset at tildelingsbeslutningen annulleres, fremgår også af udbudslovens § 185, stk. 2.

Værdispildsbetragtninger taler desuden væsentligt imod, at tildelingsbeslutningen skal annulleres. Rammeaftalen er i det væsentligste opfyldt, og en annulation vil på den baggrund medføre et væsentligt samfundsmæssigt værdispild, som ikke står i rimeligt forhold til Zeppelins interesse i annulationen.

Hensynet til FMI's kontraktpart, Volvo, taler også for ikke at annullere tildelingsbeslutningen. Volvo har i god tro indgået og leveret i henhold til rammeaftalen. Volvo har i den forbindelse indrettet sin produktion efter de bestillinger, der er erlagt på rammeaftalen, ligesom Volvo har lagt betydelige ressourcer i at afdække de mange spørgsmål i relation til den beskyttede førerkabine. De bestilte læssemaskiner under rammeaftalen er konkret konfigureret efter FMI's behov, herunder med specifikationer der adskiller dem fra standardmaskiner på markedet. Læssemaskinerne kan derfor ikke betragtes som helt almindelige civile maskiner. Volvo vil således ikke uden videre kunne afsætte maskinerne til andre købere.

Det forhold, at rammeaftalen indeholder en bestemmelse om ophævelse ved tilsidesættelse af udbudsreglerne, kan ikke i sig selv føre til, at annulation er en proportional sanktion. En sådan klausul er en standardmæssig sikkerhedsforanstaltning, der alene regulerer parternes interne retsstilling, og bestemmelsen afskærer ikke, at der skal foretages en konkret vurdering af konsekvenserne ved en eventuel annulation, herunder de økonomiske følger for

Volvo. Den omstændighed, at FMI på nuværende tidspunkt ikke har bestilt beskyttede førerkabiner, ændrer ikke på, at Volvos engagement og investering i udviklingsprocessen har haft en væsentlig betydning for aftalen.

Zeppelins passivitet må indgå i den samlede bedømmelse, idet Zeppelin ventede næsten et halvt år med at indlevere en klage. Der henvises herved til kendelse af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune.

Retsgrundlag

Lov om Klagenævnet for Udbud § 7

Lov om Klagenævnet for Udbud § 7 er sålydende:

”Stk. 2. Klage over udbud eller beslutninger omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, som ikke er omfattet af stk. 1, skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden:

- 1) 45 kalenderdage efter at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.
- 2) ...
- 3) 6 måneder efter at ordregiveren har indgået en rammeaftale regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere og tilbudsgivere, jf. § 2, stk. 2, eller udbudslovens § 171, stk. 4.
- 4) ...

Stk. 3. Har en ordregiver fulgt proceduren i § 4, skal en klage over, at ordregiveren i strid med udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt, forudsat at bekendtgørelsen indeholder begrundelsen for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende.”

Forarbejder til lov om Klagenævnet for Udbud § 7

Ved lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. blev der indført klagefrister i lovens § 7, der bl.a. indeholdt følgende frister:

”Stk. 2. Klage over udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, som ikke er omfattet af stk. 1, skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden:

- 1) 6 måneder efter at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.
- 2) ...
- 3) 12 måneder efter at ordregiveren har indgået en rammeaftale regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere og tilbudsgivere, jf. § 2, stk. 2.

Stk. 3. Har en ordregiver fulgt proceduren i § 4, skal klage i forbindelse med ordregiverens beslutning om, at ordregiveren har til hensigt at indgå kontrakt med en bestemt virksomhed, være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen i henhold til § 4 er blevet offentliggjort.”

Af de generelle bemærkninger til loven i lovforslag nr. L 110 af 27. januar 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. fremgår bl.a.:

”1. Indledning

Hovedformålet med lovforslaget er at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. ...

Lovforslaget er i overvejende grad en implementering af den revision af direktiv nr. 89/665/EØF af 21. december 1989 og direktiv nr. 92/13/EØF af 25. februar 1992 (kontroldirektiverne), der har fundet sted med vedtagelsen af direktiv nr. 2007/66/EF. Kontrolldirektiverne fastsætter en række minimumskrav til medlemsstaternes klagesystemer vedrørende udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet og er i Danmark gennemført i lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud (klagenævnsloven), som ændret senest ved lov nr. 1336 af 19. december 2008, og som foreslås ophævet med denne lov.

...

Lovforslaget lægger sig i det store hele op ad kontroldirektivernes minimumsbetingelser, bortset fra nogle få situationer, hvor det er fundet hensigtsmæssigt. ...

For det andet lader kontroldirektiverne det være op til den enkelte medlemsstat, om denne vil indføre klagefrister. Klagefrister sikrer, at ordregiverne efter fristens udløb ikke længere kan blive mødt med klager. I lyset af at der med lovforslaget indføres indgribende sanktioner, foreslås det at indføre klagefrister i visse situationer. Kontroldirektivet fastsætter minimumsklagefrister, som skal overholdes, hvis der indføres klagefrister. ...

2.5. Indførelse af klagefrister

...

Med lovforslaget indføres der frister for, hvor længe det er muligt at klage over visse typer af beslutninger, som ordregiveren har truffet i løbet af udbudsprocessen. Fristerne gælder alene udbud omfattet af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

...

Indførelse af en klagefrist må ikke forhindre eller gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at klage over overtrædelser af udbudsreglerne. Omvendt kan det forhold, at der indgives klage længe efter kontraktindgåelse, medføre et betydeligt værdispild. Forslaget skaber en hensigtsmæssig balance mellem på den ene side hensynet til klagers effektive klageadgang og på den anden side ordregiverens mulighed for at tilrettelægge og fuldføre en hensigtsmæssig indkøbsproces.

...

Der indføres ikke klagefrister ved direkte ulovlig tildeling af kontrakter uden offentliggørelse.”

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. L 110 af 27. januar 2010 fremgår bl.a.:

”... I lyset af, at der med lovforslaget indføres indgribende sanktioner som den omstændighed, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning, og at der kan pålægges en alternativ sanktion i form af bødeansvar eller en økonomisk sanktion, er det hensigtsmæssigt at indføre klagefrister i visse situationer. Det vil således være urimeligt, såfremt ordregiveren i alle tilfælde og på ubestemt tid kan blive mødt med, at en kontrakt erklæres for uden virkning.

...

Som noget nyt foreslås det i *stk. 2, nr. 1*, at en klage over udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet skal være Klagenævnet i hænde senest 6 måneder efter, at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, om at ordregiveren har indgået kontrakt. Klagen kan med få undtagelser omfatte alle tænkelige overtrædelser i en udbudsproces.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 35 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 43, at ordregivere skal indsende en bekendtgørelse om indgåelse af visse typer af kontrakter til Den Europæiske Unions Tidende. Det er således kun i de tilfælde, hvor ordregiveren offentliggør en sådan bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, at 6 måneders fristen finder anvendelse. Klager over kontrakter, der i strid med de fællesskabsretlige udbudsregler er indgået uden offentliggørelse af en sådan bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, er således ikke omfattet af fristen.

Fristen på 6 måneder gælder ikke ved klage fra en virksomhed over ikke at være blevet prækvalificeret, jf. *stk. 1*, ved klager over en kontrakt, som omfattes af fristerne i *stk. 2, nr. 2*, og ved klager over en ordregivers beslutning om, at denne har til hensigt at indgå kontrakt med en bestemt virksomhed uden at afholde udbud, jf. *stk. 3*. Endelig gælder 6 måneders fristen ikke ved Konkurrencestyrelsens indgivelse af klager til Klagenævnet, jf. *stk. 5*, og ved klager over en ordregivers indgåelse af en rammeaftale, jf. *stk. 2, nr. 3*.

Klagefristen på 6 måneder giver en potentiel klager passende tid til at træffe beslutning om, hvorvidt der skal indgives klage, ligesom det sikres, at klagen har aktuel betydning, når den behandles. Dermed er der større sandsynlighed for, at Klagenævnet kan udbedre de fejl, der måtte være begået.

Som noget nyt foreslås det i *stk. 2, nr. 2*, at en klage over indgåelse af en kontrakt baseret på en rammeaftale med genåbning af konkurrencen eller et dynamisk indkøbssystem skal være Klagenævnet i hænde senest 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretningen til de berørte tilbudsgivere om, hvem der har fået kontrakten tildelt, jf. forslagens § 2, *stk. 1. ...*

Indgåelsen af selve rammeaftalen (hovedaftalen) er omfattet af den obligatoriske standstill-periode, jf. forslagens § 3, *stk. 1*. Klagefristen for indgåelse af selve rammeaftalen foreslås fastsat til 12 måneder, jf. *stk. 2, nr. 3*.

Med *stk. 2, nr. 3*, foreslås det, at 6 måneders fristen for at klage over en ordregivers kontrakt ikke gælder ved ordregiverens indgåelse af en rammeaftale, der i stedet er underlagt en 12 måneders frist.

Den foreslåede bestemmelse skal ses i lyset af, at en potentiel klager ikke altid har samme mulighed for at opdage en overtrædelse af de fællesskabsretlige udbudsregler, når der er tale om en rammeaftale, som når der er tale om øvrige kontraktindgåelser. I praksis kan der således gå en betydelig periode, fra en ordregiver indgår en rammeaftale, til ordregiveren påbegynder at tildele kontrakter, der baserer sig på rammeaftalen.

For at undgå, at ordregiveren på ubestemt tid kan blive mødt med klager og for at skabe incitament til, at der klages tidligt i forløbet, foreslås det, at når en ordregiver indgår en rammeaftale, skal klage over indgåelsen være Klagenævnet i hænde senest 12 måneder efter, at ordregiveren har indgået rammeaftalen. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretning til de berørte ansøgere, jf. § 2, stk. 2.

Med *stk. 3* foreslås det, at når en ordregiver har fulgt proceduren i forslaget § 4, skal en klage i forbindelse med ordregiverens beslutning om, at ordregiveren har til hensigt at indgå kontrakt med en bestemt virksomhed, være Klagenævnet i hænde senest 30 kalenderdage efter ordregiverens offentliggørelse herom. I praksis kan denne type klager både indgives før og efter kontrakten er indgået, når blot klagen indgives inden fristens udløb.

Proceduren i § 4 omhandler de tilfælde, hvor ordregiveren finder, at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse er lovlig i henhold til de fællesskabsretlige udbudsregler, og har offentliggjort en bekendtgørelse med begrundelse herfor, og endelig har afventet en periode på 10 kalenderdage, inden kontrakten underskrives, for derved at sikre sig mod, at kontrakten senere erklæres for uden virkning.

Som følge af, at ordregiveren ved at følge proceduren i § 4 har givet maksimal åbenhed om kontraktindgåelsen, synes det hensigtsmæssigt og proportionalt, at ordregiveren efter 30 kalenderdage har sikkerhed for, at der ikke kan indgives klage til Klagenævnet, medmindre klage indgives af Konkurrencestyrelsen. Samtidig giver 30 kalenderdage en potentiel klager passende tid til at træffe beslutning om, hvorvidt man ønsker at klage.”

Ved lov nr. 511 af 27. maj 2013 om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. blev fristen i § 7, stk. 2, nr. 1, ændret fra 6 måneder til 45 kalenderdage, og fristen i § 7, stk. 2, nr. 3, blev ændret fra 12 måneder til 6 måneder.

Af de specielle bemærkninger i lovforslag nr. L 153 af 27. februar 2013 fremgår bl.a.:

”Håndhævelseslovens § 7, stk. 2, nr. 1 indeholder en generel frist for klage over udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. ... Ændringen betyder, at potentielle klagere hurtigere skal vurdere, om der er grundlag for at indgive en klage.

Erfaringer fra klagenævnet viser, at langt de fleste klager i dag indgives i den såkaldte standstill-periode, dvs. i den periode, hvor ordregiveren har underrettet tilbudsgiverne om, hvem man agter at indgå kontrakt med, men hvor ordregiveren endnu ikke har indgået kontrakten. En frist på 45 kalenderdage efter kontraktindgåelse synes således erfaringsmæssigt at give potentielle klagere tilstrækkelig tid til at vurdere, om der er grundlag for at indgive en klage.

...

Forslaget betyder, at ordregiverne får hurtigere sikkerhed for, at et udbud ikke anfægtes. Samtidig sikrer forslaget, at Klagenævnet for Udbud ikke skal anvende ressourcer på sager, hvor der for længst er indgået kontrakt, men i stedet kan anvende sine ressourcer på aktuelle sager.

Håndhævelseslovens § 7, stk. 2, nr. 3, indeholder en særlig klagefrist vedrørende udbud af rammeaftaler, som er omfattet af de EU-retlige udbudsregler. Klager over indgåelse af en rammeaftale skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 12 måneder. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere og ansøgere. At klagefristen for klager over rammeaftaler er længere end for klager over øvrige kontraktindgåelser, hænger sammen med, at en potentiel klager ikke altid har samme mulighed for at opdage en overtrædelse af de EU-retlige udbudsregler, når der er tale om en rammeaftale frem for øvrige kontraktindgåelser. I praksis kan der således gå en betydelig periode, fra en ordregiver indgår en rammeaftale, til ordregiveren påbegynder at tildele kontrakter, der baserer sig på rammeaftalen.

Forslaget indebærer en forkortelse af fristen for indbringelse af klager over rammeaftaler, således at klager skal være indgået senest 6 måneder regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiver har underrettet de berørte tilbudsgivere og ansøgere i stedet for 12 måneder. Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter finder anvendelse. Fristen skal ses i sammenhæng med, at klagefristen for almindelig kontraktindgåelse afkortes fra 6 måneder til 45 kalenderdage. Dermed vil fristen for at klage over rammeaftaler fortsat være væsentlig længere end for øvrige kontraktindgåelser.

Forslaget indebærer, at klager tvinges til at være hurtigere til at indbringe en eventuel klage. Er der hold i klagen, er det en fordel at få kortlagt overtrædelsen hurtigst muligt.

Forslaget betyder, at ordregiverne og leverandører får hurtigere sikkerhed for, at en rammeaftale ikke anfægtes. Samtidig sikrer forslaget, at Klagenævnet for Udbud ikke skal anvende ressourcer på sager, hvor rammeaftalen er tildelt for længe siden, men i stedet kan anvende sine ressourcer på aktuelle sager.”

Kontrol direktivet

Direktiv nr. 89/665/EØF af 21. december 1989, som senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, artikel 2f, stk. 1, er sålydende:

”Frister

1. Medlemsstaterne kan fastsætte, at en klage i henhold til artikel 2d, stk. 1, skal indgives

- a) inden udløbet af mindst 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor
 - den ordregivende myndighed har offentliggjort en bekendtgørelse om indgåede kontrakter i overensstemmelse med artikel 35, stk. 4, og artikel 36 og 37 i direktiv 2004/18/EF, forudsat at en sådan bekendtgørelse indeholder begrundelsen for den ordregivende myndigheds beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, eller
 - den ordregivende myndighed har underrettet de berørte tilbudsgivere og ansøgere om indgåelsen af kontrakten, forudsat at denne meddelelse indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde, som omhandlet i artikel 41, stk. 2, i direktiv 2004/18/EF, med forbehold af nævnte direktivs artikel 41, stk. 3. Denne mulighed gælder også i de i nærværende direktivs artikel 2b, litra c), omhandlede tilfælde

i alle tilfælde inden udløbet af en periode på mindst seks måneder regnet fra dagen efter den dag, hvor kontrakten er indgået.”

Klagenævnet udtaler

Ad påstanden om afvisning

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 2, nr. 1, at en klage over udbud eller beslutninger omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, som ikke er omfattet af stk. 1, skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 45 kalenderdage, efter at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt.

For så vidt angår rammeaftaler følger det af lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 2, nr. 3, at tilsvarende klager skal være indgivet til klagenævnet inden 6 måneder efter, at ordregiveren har indgået en rammeaftale regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere og tilbudsgivere, jf. § 2, stk. 2, eller udbudslovens § 171, stk. 4.

Klagefristerne blev indført ved lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. Af forarbejderne til loven fremgår udtrykkeligt, at det med § 7, stk. 2, nr. 3, foreslås, at fristen for at klage over en ordregivers kontrakt, det vil sige fristen i § 7, stk. 2, nr. 1, ikke gælder ved ordregiverens indgåelse af en rammeaftale, der i stedet er underlagt den længere klagefrist i § 7, stk. 2, nr. 3.

Begrundelsen for at fastsætte en længere frist for en klage over indgåelse af en rammeaftale var ifølge forarbejderne, ”at en potentiel klager ikke altid har samme mulighed for at opdage en overtrædelse af de fællesskabsretlige udbudsregler, når der er tale om en rammeaftale, som når der er tale om øvrige kontraktindgåelser. I praksis kan der således gå en betydelig periode, fra en ordregiver indgår en rammeaftale, til ordregiveren påbegynder at tildele kontrakter, der baserer sig på rammeaftalen”.

Denne begrundelse kan med samme vægt gøres gældende ved indgåelse af rammeaftaler efter udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i medfør af udbudslovens § 80, stk. 1. I disse tilfælde vil der således også være tale om, at en potentiel klager ikke altid har samme mulighed for at opdage en overtrædelse af de fællesskabs-

retlige udbudsregler, som når der er tale om øvrige kontraktindgåelser, ligesom der også her i praksis kan gå en betydelig periode, fra en ordregiver indgår en rammeaftale, til ordregiveren påbegynder at tildele kontrakter, der baserer sig på rammeaftalen.

Da der i forarbejderne til lov om Klagenævnet for Udbud § 7 således udtrykkeligt skelnes mellem indgåelse af kontrakter og indgåelse af rammeaftaler, og da begrundelsen for den længere klagefrist ved indgåelse af rammeaftaler tilsvarende gør sig gældende i de tilfælde, hvor rammeaftalen indgås efter udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, må bestemmelsen herefter fortolkes således, at der ikke gælder en kortere frist for at indgive klage over ordregivers indgåelse af en rammeaftale efter udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 1, end der gælder for øvrige rammeaftaler.

Klage over en ordregivers indgåelse af en rammeaftale efter udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudslovens § 80, stk. 1, er således ikke undergivet fristen i § 7, stk. 2, nr. 1, på 45 dage fra tidspunktet for offentliggørelsen af en bekendtgørelse om tildeling af rammeaftalen.

Afvisningspåstanden tages på den baggrund ikke til følge.

FMI har subsidiært gjort gældende, at klagefristen er overskredet for så vidt angår initialkøbet af de fem læsemaskiner.

Kontrakten om køb af de fem læsemaskiner (initialkøbet) på baggrund af rammeaftalen er omfattet af klagefristen i lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 2, nr. 1, og der gælder således for så vidt en klagefrist på 45 dage fra offentliggørelsen af ordretildelingsbekendtgørelsen.

Zeppelins påstand 1-4 vedrører imidlertid ikke initialindkøbet af de fem læsemaskiner eller de øvrige indkøb på rammeaftalen. Ligeledes vedrører Zeppelins påstande 5 og 6 om uden virkning subsidiært annullation af tildelingsbeslutningen kun selve rammeaftalen.

FMI har ikke nærmere redegjort for, hvilke eller hvilke dele af de af Zeppelin nedlagte påstande den subsidiære afvisningspåstand vedrører.

Klagenævnet tager derfor heller ikke den subsidiære del af afvisningspåstanden til følge.

Ad påstand 1

FMI har gjort gældende, at hjemlen til at overgå til udbud med forhandling, efter at FMI ikke havde modtaget nogen tilbud inden tilbudsfristens udløb den 23. juni 2022, skal findes i udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1.

Det følger af udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, at en ordregiver kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud af bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter ikke er modtaget nogen ansøgninger eller tilbud.

Da FMI ikke modtog nogen tilbud inden for tilbudsfristen den 23. juni 2022, var FMI berettiget til at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1.

Der er ikke grundlag for at antage, at det skulle være på grund af FMI's egne forhold, at der ikke blev modtaget tilbud i forbindelse med udbuddet.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, at en ordregiver er berettiget til skøns-mæssigt at fastsætte de tekniske specifikationer og krav, som ordregiver finder nødvendige eller hensigtsmæssige i forbindelse med udbuddet af en kontrakt, og som er forbundet med kontraktens genstand. Ordregiver er endvidere berettiget til at stille krav i udbudsmaterialet, som visse eller alle potentielle tilbudsgivere finder mindre hensigtsmæssige eller ønskværdige, så længe betingelserne forfølger et sagligt formål, og målet om effektiv konkurrenceudsættelse samt principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet respekteres.

Det er klagenævnets vurdering, at de krav, som FMI stillede i udbudsmaterialet, lå inden for ordregiverens vide skøn, og at de ikke var usaglige eller uproportionale. Der er således ikke grundlag for at fastslå, at FMI kunstigt har indsnævret konkurrencen.

Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at overgangen til udbud med forhandling ikke skete ”i forbindelse med” det forudgående udbud.

FMI har derfor ikke overtrådt udbudslovens § 2.

Påstanden tages på den baggrund ikke til følge.

Ad påstand 2 og 3

Påstandene angår, om FMI under forhandlingerne med Volvo foretog ændringer i grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale.

Det følger af udbudslovens § 80, stk. 2, at der i udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter stk. 1, ikke må foretages ændringer i grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale.

Det følger af bestemmelsens forarbejder, at forbuddet mod ændring i de grundlæggende elementer i de oprindelige udbudsbetingelser gælder ved udbuddet og under de efterfølgende forhandlinger.

Hvis det er nødvendigt eller hensigtsmæssigt at ændre grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, vil ordregiveren derfor være nødsaget til at gennemføre en udbudsprocedure med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

En ændring er en ændring i grundlæggende elementer, hvis ændringen kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt, jf. udbudslovens § 24, nr. 37.

Af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2 i lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015 fremgår bl.a.:

”I proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil en ændring af mindstekrav altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer.”

Det følger således af forarbejderne, at ændring af et mindstekrav i proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse altid vil udgøre en ændring af grundlæggende elementer.

De hensyn, der begrundet dette, gør sig med samme vægt gældende ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2.

Ad indkøb af civile læssemaskiner

Det er klagenævnets vurdering, at der ikke er grundlag for at fastslå, at rammeaftalen med Volvo er blevet ændret, således at den ikke omfatter læssemaskiner, der er tilpasset Forsvarets behov, og beskyttede førerkabiner.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, at Volvo ifølge rammeaftalen er forpligtet til at levere beskyttede førerkabiner.

Det forhold, at FMI endnu ikke har indkøbt en beskyttet førerkabine, kan ikke føre til et andet resultat.

Ad aftale om to typer læssemaskiner

I udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4., Beskrivelse af udbuddet, er det bl.a. anført, at ”FSV ønsker at anskaffe én type tidssvarende læssemaskine som erstatning for FSV allerede eksisterende beholdning af læssemaskiner, som tilgodeser FSV operative behov.”

Af kravspecifikationens pkt. 1.1 fremgår bl.a.:

”FSV ønsker derfor at anskaffe én type tidssvarende LÆMA ... Ideelt set vil det være LÆMA med kombination af Z- og parallelfunktion. Alternativt skal LÆMA kunne leveres med to forskellige konfigurationer med disse funktioner.”

Tilbudsgiverne kunne i Appendiks C, Leverandørens tilbud - priser, afgive tilbud på læssemaskiner med ”z-funktion”, ”parallelfunktion” eller ”kombination af z- og parallelfunktion”. Der kunne ikke i øvrigt afgives priser på forskellige læssemaskiner.

Udbuddet omfattede således én type læssemaskine, og der kunne i henhold til udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.10 og udbudsbetingelsernes pkt. 5.2 ikke afgives alternative tilbud.

Volvos tilbud omfattede to forskellige læssemaskiner, model L70H og model L90H. L70H opfyldte de krav, der var fastsat i kravspecifikationen, mens L90H ikke opfyldte Krav ID-nr. 29 og 30.

Ved at acceptere Volvos tilbud på model L90H fraveg FMI mindstekrav i udbudsmaterialet og ændrede rammeaftalen på en sådan måde, at dens anvendelsesområde blev betydeligt udvidet. Der var derfor tale om en ændring af et grundlæggende element. Indkøbet af model L90H kunne således ikke være gennemført uden offentliggørelse af en ny udbudsbekendtgørelse.

Det forhold, at FMI lod rammeaftalen omfatte L90H, der er billigere end L70H, af hensyn til overholdelsen af princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning, som FMI er forpligtet til at overholde, kan udbudsretligt ikke føre til et andet resultat.

Ad leveringstid og løsning for beskyttede førerkabiner

Der er ikke grundlag for at antage, at udbudsmaterialet indeholdt krav om, at tilbudsgiverne skulle have en endelig løsning for den beskyttede førerkabine klar på tidspunktet for aftalens indgåelse.

Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at det fremgår af kravspecifikationens Krav ID-nr. 113, at "Beskyttet førerkabine skal leveres inden for 24 måneder fra modtagelse af indkøbsordre", og at tilbudsgiverne ifølge Appendix C.1 skulle angive to priser for den beskyttede førerkabine, hvoraf en af priserne var "reserveret til udviklingsomkostninger, såfremt dette er relevant ved levering af første køb". Den forlængede leveringstid var fastsat under hensyntagen til, at leverandøren ville skulle gennemføre en design- og udviklingsproces, før maskinen kunne leveres, sml. Krav ID-nr. 54. Dette støtter også, at kabinen ikke skulle være klar ved aftaleindgåelsen.

I Volvos prisoverslag af 13. februar 2023 var det estimeret, at det ville tage 21 måneder at udvikle, teste og producere første, pansrede kabine, og otte måneder for produktion af efterfølgende kabiner pr. stk., i alt en leveringstid på 29 måneder.

FMI har oplyst, at dette efterfølgende var genstand for forhandling mellem FMI og Volvo, og at Volvo accepterede en leveringstid på 24 måneder i overensstemmelse med Krav ID-nr. 113.

Dette støttes af, at Volvo i Appendiks C, Leverandørens tilbud, ud for Krav ID-nr. 113 svarede ”J” (ja) til, at kravet var opfyldt.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering, at FMI ikke har ændret Krav-ID 113.

Ad manglende overholdelse af mindstekrav vedrørende priser

I udbudsbetingelserne var det bl.a. fastsat:

”5.2 Beskrivelse af tilbuddet

Et tilbud består af følgende dokumenter:

- A. Et tilbuds-brev (skabelon), bilag 1
- B. Det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) (tilgængelig via ETHICS-webportalen)
- C. Udfyldte Appendikser

...

Vedr. C) Udfyldte Appendikser

Tilbudsgiver skal udfylde følgende Appendikser:

- Appendiks C: Leverandørens tilbud
- Appendiks C.1: Prisbilag

...

Det understreges, at tilbudsgiver bør overholde udbudsmaterialets format og sammensætning ved udfyldelsen af de dele af udbudsmaterialet, der forudsættes udarbejdet eller udfyldt af tilbudsgiver. Tilbudsgiver bør derfor ikke ændre på Appendiksernes sammensætning og bør sikre sig, at alle oplysninger afgives i det relevante format.”

Volvos tilbud opfyldte ikke de fastsatte krav. FMI har oplyst, at FMI som følge af forhandlingerne med Volvo fraveg udbudsmaterialets formelle rammer for, hvordan et tilbud skulle se ud.

Klagenævnet finder, at de gennemførte ændringer i prisstrukturen udgør ændringer af grundlæggende elementer i strid med udbudslovens § 80, stk. 2. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at prisstrukturen i en udbudt kontrakt, herunder særligt når et krav om en fast pris ændres til en mere fleksibel beregning for tilbudsgiveren på baggrund af et prisoverslag, og hvor der fx er mulighed for genforhandling af prisen, har væsentlig betydning for potentielle tilbudsgiveres overvejelser af, om de vil deltage i udbuddet.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering, at ændringen indebar en ændring af et grundlæggende element.

Påstand 2 og 3 tages herefter til følge.

Ad påstand 4

FMI modtog ingen tilbud inden for tilbudsfristen den 23. juni 2022, og FMI overgik på den baggrund til udbud med forhandling efter udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1. I forbindelse med forhandlingerne blev der mellem FMI og Volvo i perioden 17. februar 2023 – 19. april 2024 afholdt 15 møder, og den 16. maj 2024 indgik FMI rammeaftale med Volvo ved direkte tildeling.

Der er i udbudslovens § 80, stk. 1, ikke fastsat grænser for, hvor lang tid forhandlingerne må vare ved, og forarbejderne indeholder ingen fortolkningsbidrag hertil. Proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 må indebære, at forhandlingsperioden skal stå i rimeligt forhold til den udbudte ydelse og karakteren og omfanget af de forhold, der begrundede overgangen til udbud med forhandling, og som almindeligvis må formodes at skulle indgå i forhandlingerne. I proportionalitetsvurderingen må også indgå den tid, der medgår til ordregivers beslutning om at overgå til udbud med forhandling og beslutningen om, med hvem forhandlingerne skal indledes, og forberedelsen af forhandlingerne, hvis omfang bl.a. afhænger af ydelsens kompleksitet.

Efter karakteren af den udbudte ydelse i rammeaftalen og bemærkningerne fra tilbudsgiverne under det andet udbud om baggrunden for ikke at indlevere tilbud samt de foreliggende oplysninger om forhandlingsforløbet, herunder indholdet af referaterne fra møderne mellem FMI og Volvo, er der ikke grundlag for at fastslå, at forhandlingsperioden har været uproportional eller

at FMI har undladt at sikre fremdrift i forhandlingerne med Volvo på en sådan måde, at betingelserne for at overgå til udbud med forhandling efter udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, ikke længere var til stede.

Påstanden tages på den baggrund ikke til følge.

Ad påstand 5

Som fastslået under påstand 2 og 3 har FMI foretaget ændring af grundlæggende elementer under forhandlingerne med Volvo i strid med udbudslovens § 80, stk. 2.

Det følger af klagenævnens lovens § 17, stk. 1, nr. 1, at kontrakter, der er omfattet af udbudslovens afsnit II, skal erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren i strid med EU-udbudsreglerne har indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. dog § 4.

FMI har ikke offentliggjort en bekendtgørelse i overensstemmelse med klagenævnens lovens § 4, og rammeaftalen med Volvo skal derfor erklæres for uden virkning, således at der ikke kan ske yderligere træk på rammeaftalen.

FMI har gjort gældende, at rammeaftalen skal opretholdes i sin helhed i medfør af klagenævnens lovens § 17, stk. 3.

Efter klagenævnens lovens § 17, stk. 3, kan en kontrakt, der skal erklæres for uden virkning efter § 17, stk. 1, og som ikke er undtaget efter § 4 eller § 17, stk. 2, opretholdes, hvis det på baggrund af en undersøgelse af alle relevante aspekter må konstateres, at væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning.

Af lovbemærkningerne til § 17, stk. 3, jf. lovforslag nr. L 110 af 27. januar 2010, fremgår bl.a.:

”Et væsentligt hensyn til almenhedens interesser kan fx være til stede, hvis den omstændighed, at en kontrakt bringes til ophør, umuliggør opfyldelse af en ordregivers forsyningspligt eller bringer mennesker eller dyrs liv eller sundhed i fare.”

Økonomiske interesser relateret til kontrakten, herunder omkostninger i forbindelse med de retlige forpligtelser, der følger af, at kontrakten er uden virkning, indgår ikke ved vurderingen af, om der foreligger hensyn til almenhedens interesser, medmindre det i ganske særlige tilfælde vil have uforholdsmæssige konsekvenser, at kontrakten bliver uden virkning.

Ved vurderingen kan tillige indgå sikkerhedsinteresser, jf. bekendtgørelse nr. 1077 af 29. juni 2022 om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet § 14, stk. 3, hvor det fremgår, at en kontrakt under ingen omstændigheder må betragtes som værende uden virkning, hvis konsekvenserne af, at kontrakten er uden virkning, i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhedsprogram, som er afgørende for en medlemsstats sikkerhedsinteresser.

Efter en samlet vurdering, hvori bl.a. indgår omfanget af allerede indgåede kontrakter på rammeaftalen, finder klagenævnet, at der ikke foreligger sådanne væsentlige hensyn til almenhedens interesser, der gør det nødvendigt, at FMI fortsat skal have mulighed for at indgå yderligere kontrakter på baggrund af rammeaftalen. De sikkerhedshensyn og operative konsekvenser, som FMI har henvist til, kan efter klagenævnets vurdering således ikke føre til, at rammeaftalen skal opretholdes helt eller delvis, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 3.

Rammeaftalen erklæres herefter for uden virkning fra tidspunktet for kendelsens afsigelse.

Da rammeaftalen er blevet erklæret for uden virkning, pålægges det FMI at bringe rammeaftalen til ophør straks, jf. klagenævnslovens § 13, stk. 2.

Vedrørende de allerede indgåede kontrakter på baggrund af rammeaftalen bemærker klagenævnet, at nævnet – uafhængigt af om der under sagen er nedlagt en påstand om uden virkning – er forpligtet til at erklære en kontrakt indgået på baggrund af en rammeaftale for uden virkning, når betingelserne herfor er opfyldt. Dette forudsætter dog, at der under sagen er nedlagt en materiel påstand, som vedrører de underliggende kontrakter, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 1.

Som anført under påstand 1 omfatter Zeppelins påstand 1-4 ikke indkøbene på rammeaftalen, og de nedlagte påstande 5 og 6 om uden virkning, subsidiært annullation af tildelingsbeslutningen, vedrører tillige alene selve rammeaftalen.

Efter indholdet af Zeppelins påstande tager klagenævnet herefter ikke stilling til, om der tillige er grundlag for at erklære kontrakterne indgået på baggrund af rammeaftalen for uden virkning.

Økonomisk sanktion

Det følger af klagenævnslovens § 18, stk. 1, at en kontrakt erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i kontrakten. For rammeaftalers vedkommende medfører sanktionen uden virkning, at der ikke længere kan indgås kontrakter på baggrund af rammeaftalen.

Det følger af klagenævnslovens § 18, stk. 2, nr. 3, at der fastsættes en alternativ sanktion efter §§ 19 eller 20, når en del af en kontrakt erklæres for uden virkning. Bestemmelserne gælder også for rammeaftaler.

Ved fastsættelsen af den alternative sanktion skal der tages højde for, at en væsentlig del af rammeaftalen allerede er benyttet, idet FMI har indgået kontrakter om levering af læssemaskiner for samlet 52.256.000 kr. Der skal for denne benyttelse af rammeaftalen derfor fastsættes en alternativ, økonomisk sanktion, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 2, nr. 3, og § 19, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3.

Under hensyn til overtrædelsens karakter fastsættes den økonomiske sanktion herefter til 2.600.000 kr., jf. forarbejderne til klagenævnslovens § 19, stk. 1-3.

Beløbet skal betales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. klagenævnslovens § 19, stk. 4.

Ad påstand 6

Da påstand 5 tages til følge, er der ikke anledning til at tage stilling til påstand 6.

Herefter bestemmes

Klagen afvises ikke.

Påstand 1 og 4

Påstandene tages ikke til følge.

Påstand 2

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med det grundlæggende princip om ligebehandling i udbudslovens § 2, stk. 1, samt udbudslovens § 80, stk. 2, jf. stk. 1, ved uberettiget i forbindelse med udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse at have forhandlet om og ændret grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale.

Påstand 3

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have foretaget direkte tildeling af rammeaftalen uden gennemførelse af en udbudsprocedure efter udbudsloven på trods af, at der er foretaget ændringer i grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale.

Påstand 5

Klagenævnet erklærer rammeaftalen til anskaffelse af læssemaskiner til Forsvaret og tilhørende beskyttelse, løst udstyr, logistik og vedligeholdelse, dokumentation og tjenesteydelser indgået mellem Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse og Volvo Entreprenørmaskiner A/S for uden virkning fra tidspunktet for kendelsens afsigelse.

Det pålægges Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse at bringe rammeaftalen til anskaffelse af læssemaskiner til Forsvaret og tilhørende beskyttelse, løst udstyr, logistik og vedligeholdelse, dokumentation og tjenesteydelser indgået mellem Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse og Volvo Entreprenørmaskiner A/S til ophør straks.

Påstand 6

Klagenævnet tager ikke stilling til påstanden.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse skal betale en økonomisk sanktion på 2.600.000 kr. til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelsen af denne kendelse.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Zepelin Danmark A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jakob O. Ebbensgaard

Jesper Stage Thusholt