

K E N D E L S E

Cimber Air A/S
(advokat Peter Stig Jakobsen, København)

mod

Forsvarskommandoen
(Kammeradvokaten ved advokat Morten Kroon)

Ved udbudsbekendtgørelse af 26. juni 2008 nr. 2008/S 125-166723 iværksatte Forsvarskommandoen som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) to sideordnede udbud om forsvarets strategiske lufttransportkapacitet (»Air-charter services«). Der skulle indgås en delaftale om »Air Lift Capacity« og en delaftale om »Broker service«.

Efter udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 8. august 2008 blev 6 virksomheder prækvalificeret til at afgive tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity« og 7 virksomheder prækvalificeret til at afgive tilbud på delaftalen om »Broker service«.

Udbuddet blev gennemført elektronisk, og de prækvalificerede virksomheder fik elektronisk adgang til udbudsbetingelserne den 25. august 2008. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 6. oktober 2008 havde følgende prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity«:

1. Cimber Air A/S
2. Adagold Aviation Pty Ltd.

3. Air Charter International.

Ved udløbet af tilbudsfristen havde følgende virksomheder afgivet tilbud på delaftalen om »Broker service«:

1. Cimber Air A/S
2. Avico UK and Ireland Limited
3. Hunt&Palmer Plc.

De 3 tilbud vedrørende delaftalen om »Broker service« var alle konditions-mæssige.

Forsvarskommandoen fandt, at ingen af de 3 tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity« var konditions-mæssige, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne den 14. oktober 2008. Forsvarskommandoen valgte at anvende fremgangs-måden i Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, og overgik derfor til udbud med forhandling. Efter særskilte forhandlinger med tilbudsgiverne, og efter at Forsvarskommandoen havde udsendt reviderede udbudsbetingel-ser, blev der fastsat frist til den 17. november 2008 til at indgive et nyt til-bud.

Forsvarskommandoen modtog tilbud fra alle 3 virksomheder, der tidligere havde afgivet tilbud vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«, dog så-ledes at Adagold Aviation Pty Ltd. nu indgik i et konsortium med Inversija Ltd. Forsvarskommandoen fandt, at kun tilbuddet fra konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd. var konditions-mæssigt.

Den 25. november 2008 meddelte Forsvarskommandoen Cimber Air A/S, at virksomhedens tilbud var ukonditions-mæssigt, og det blev samtidig med-delt, at kontrakten vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« ville blive tildelt konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd., som var den eneste af de 3 virksomheder, der havde afgivet et konditions-mæssigt tilbud. Det blev samtidig meddelt, at kontrakten vedrørende delaftalen om »Broker service« ville blive tildelt Avico UK and Ireland Limited.

Cimber Air A/S rettede henvendelse til Forsvarskommandoen og redegjor-de bl.a. i en e-mail af 26. november 2008 for, hvorfor det var uberettiget, at Forsvarskommandoen havde fundet virksomhedens tilbud ukonditions-mæs-sigt. Forsvarskommandoen besluttede på den baggrund alligevel at tage til-buddet fra Cimber Air A/S i betragtning.

Den 19. december 2008 meddelte Forsvarskommandoen Cimber Air A/S, at Forsvarskommandoen havde besluttet at indgå kontrakt med konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd. vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«.

Den 23. december 2008 indgav klageren, Cimber Air A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Forsvarskommandoen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 22. januar 2009 besluttede Klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning.

Kontrakten vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« blev indgået med konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd. (i det følgende benævnt Adagold-Inversija) den 5. marts 2009, mens kontrakten vedrørende delaftalen om »Broker service« blev indgået med Avico UK and Ireland Limited den 6. maj 2009.

Klagenævnet har den 7. maj 2009 afsagt kendelse om, at en påstand fra indklagede om afvisning af klagen ikke skulle tages til følge.

Klagen har været behandlet på et møde den 22. juni 2009.

Indklagede har nægtet klageren fuld aktindsigt i dels tilbuddene fra Adagold/Adagold-Inversija, dels indklagedes evalueringsnotater. Klageren har modtaget dokumenterne i ekstraheret form. Det er særligt de øvrige tilbudsgiveres tilbudspriser, klageren ikke har fået aktindsigt i. Klagenævnet har den 4. september 2009 truffet afgørelse om, at en anmodning fra klageren om fuld aktindsigt i de anførte dokumenter ikke skulle tages til følge. På denne baggrund indeholder kendelsen bl.a. ikke Adagold-Inversijas tilbudspriser. Klagenævnet har været i besiddelse af de oplysninger, som klageren ikke har haft aktindsigt i.

Denne klagesag vedrører overvejende udbuddet vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«. Kun påstand 14 og 16 vedrører delaftalen om »Broker service«.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene på delaftalen om »Air Lift Capacity« at have anvendt en model, som var uigennemsigtig og uegnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« at have anvendt underkriterierne 1. »Ability« og 4. »Environment«, uanset at disse underkriterier er udvælgelseskriterier og dermed uegnede til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« i forhold til underkriteriet 2. »Price« at have anvendt en evalueringsmodel, som var uegnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« i forhold til underkriteriet 4. »Environment« at have vurderet klagerens tilbud væsentligt dårligere end tilbuddet fra konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd., uanset at de to tilbud mindst måtte bedømmes lige.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« at have vurderet tilbuddet fra konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd. positivt, uanset at indklagede vidste, at dette tilbud indeholdt urigtige oplysninger om

- a. at en IL76 ikke er afhængig af »ground support«
- b. at en B737-300QC kan lande på »gravel runways«
- c. at der var tilladelse til at montere kevlarmåtter som »self protection«

- d. at en IL76 har tilladelse til at flyve med passagerer og cargo samtidig, uden at flyet er særligt indrettet.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« at have taget tilbuddet fra konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd. i betragtning, uanset at ingen af de tilbudte fly opfyldte mindstekravet om at kunne flyve mindst 3.000 nm uden optankning, og tilbuddet dermed var ukonditionsmæssigt.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« at have vurderet tilbuddet fra klageren overvejende negativt i forhold til delkriteriet »Equipped with self protection equipment in connection with personnel transport« til underkriteriet 1. »Ability«, uanset at tilbuddet indeholdt en tilstrækkelig og optimal løsning vedrørende selvbeskyttelse.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling i Udbudsdirektivets artikel 2 ved efter at være overgået til udbud med forhandling i medfør af Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« at have bistået konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd. med udarbejdelse af tilbuddet og ved at have tilrettelagt evalueringen af tilbuddene til fordel for konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« ikke at have evalueret tilbuddene i forhold til underkriterierne i overensstemmelse med den vægtning, som er fastsat i udbudsbetingelserne.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2

ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« ikke at have vægtet delkriterierne til underkriterierne i prioriteret rækkefølge, uanset at dette fremgår af udbudsbetingelserne.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« i forbindelse med vurderingen af klagerens tilbud i forhold til underkriterierne at have lagt vægt på, at der i klagerens tilbud var en ad hoc løsning på flytransport af »outsized cargo«, uanset at indklagede havde accepteret denne løsning ved at konstatere, at klagerens tilbud var konditionsmæssigt.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« at have vurderet klagerens tilbud forkert i forhold til underkriteriet 2. »Price«.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 30 ved vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« under udbuddet at overgå til udbud med forhandling, uanset at betingelserne herfor ikke var opfyldt.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Broker service« til underkriteriet 1. »Effectiveness« at have fastsat delkriteriet »Capability and proposed measures to maximise the sales of excess flying hours and excess capacity for PAX or cargo«, uanset at dette delkriterium er et udvælgelseskriterium og dermed uegnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 15

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 19. december 2008 om at indgå kontrakt vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« med konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd..

Påstand 16

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. november 2008 om at indgå kontrakt vedrørende delaftalen om »Broker service« med Avico UK and Ireland Limited.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

A. Sagens omstændigheder

1. Udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelser

Ved udbudsbekendtgørelsen af 26. juni 2008 udbød indklagede »full time charter of one or more aircraft for strategic airlift up to 3000 flying hours per year ... and broker services related to selling excess capacity or flying hours«.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5) »Short description of the contract« fremgår nærmere:

»The Danish Armed Forces have a requirement for strategic airlift capacity and are expecting to fulltime charter one or more aircraft which can fulfill the need to transport cargo (pallets and outsized) and passengers (up to app. 10.000 PAX per year) world wide to civil as well as hostile areas, e.g. Kabul, Afghanistan.

The contract shall include an option to procure ad hoc short term air charter of additional strategic airlift capacity. There will be no guarantee of work under the option but Danish Armed Forces envisages that it will make use of the option throughout its lifetime. The Danish Armed Forces also intend to enter into a broker contract aimed at selling excess capacity as well as excess flying hours. The entire tender is depending on political approval«

Formålet med udbuddet var således, at der skulle indgås en kontrakt om fuldtidschartring af en specifik flykapacitet til transport af passagerer (PAX) og materiel og forsyninger (cargo), herunder pansrede køretøjer, lastbiler og containere (outsized cargo) – benævnt delaftale om »Air Lift Capacity«. Der skulle endvidere indgås kontrakt om at forestå salg af even-

tuel overskydende kapacitet i flyene og overskydende flyvetimer, som indklagede ikke selv kunne udnytte – benævnt delaftale om »Broker service«.

Udbuddet af strategisk lufttransportkapacitet blev af indklagede benævnt projekt LARK.

Om kontraktens omfang fremgår følgende af udbudsbekendtgørelsen:

»Strategic airlift (fulltime air charter up to 3.000 flying hours per year), including an option for ad hoc short term air charter, and a broker contract.

Further more an option to prolong the airlift contract. All contracts (which have a duration for 4 years) can be prolonged two times. Each time with 12 months.

...

The estimated value excluding VAT: 708 000 000 DKK.

...«

Den forventede værdi af aftalerne var i udbudsbekendtgørelsen fordelt med 690 mio. kr. på delaftalen om »Air Lift Capacity« og 18 mio. kr. på delaftalen om »Broker service«.

Efter udbudsbekendtgørelsen skulle den tilbudsgiver, som indklagede måtte indgå kontrakt med, kunne opnå »a NATO security clearance«.

Tildelingskriteriet var for begge delaftaler »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Af udbudsbetingelserne fremgår, at underkriterierne med delkriterier vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« var følgende, idet det var anført, at delkriterierne »are un-weighted (in percent) though listed in order of priority«:

1. Ability 55 %

- Fitted with a flexible cabin to accommodate a combination of PAX and cargo, or two aircrafts – one for PAX and one for cargo
- Able to hold outsized cargo up to Armored Personnel Carrier, 20 ft. Container, MAN 35 TRUCK etc. – see Annex B
- Equipped with self protection equipment in connection with personnel transport

- Cargo aircraft equipped with a rear or front ramp (not dependable on high loaders)
- Not dependable on any special ground support
- Able to fly and land in Arctic conditions as well as in countries with high ambient temperatures
- Able to land on gravel runways
- Other
 - Airdrop capability
 - Precision Area Navigation approved (PRNAV)
 - Equipped with Tactical Air Navigation, TACAN
 - Air-to-Air tanker capacity as a provider

2. Price 30 %

- ACMI (pris på aircraft, crew, maintenance, insurance)
- Operating costs
- Costs for rent of hangar, work shops ect.

3. Organisation and quality of service 10 %

- Compagny's/Consortium's organization of the implementation of the contract, and assurance of quality
- Timeframe from summoning to the aircraft is available and ready
- Time between signing the contract and being able to make the first flight

4. Environment 5 %

- fulfilling stage III or IV Aircraft Noise Standards

Underkriterierne med delkriterierne vedrørende delaftalen om »Broker service« var ifølge udbudsbetingelserne følgende:

1. Effectiveness 60 %

- Capability and proposed measures to maximise the sales of excess flying hours and excess capacity for PAX or cargo.

2. Price 30 %

- Brokers fee in terms of X % of the price for selling excess flying hours and excess capacity for PAX and cargo.

3. Quality of services 10 %

- Organisation of the implementation of the broker services in terms of company's/consortium's internal organisation with the royal Danish Air Force and the Carrier, and availability
- Measures to ensure the quality of the services.

Ifølge udbudsbetingelserne skulle tilbudsgiverne – uanset om tilbudsgiveren var et enkelt selskab eller et konsortium af selskaber - udfylde spørgeskemaer (»questionnaires«) vedrørende den/de enkelte virksomhed(er).

Vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« var følgende bl.a. anført i udbudsbetingelserne om udfyldelse af spørgeskemaer:

»5. Aircraft Specific Questionnaire:

Companies or consortia may wish to include more than one type of aircraft in their offer e.g. if they find this will better meet the demands of the DAF for air lift capacity.

If companies or consortia include more than one type of aircraft in their offer, one questionnaire must be completed for each type of aircraft.«

Der skulle endvidere udfyldes spørgeskemaer med priser:

»Section C: Price Elements

In this section the tenderer is requested to give information on the monthly ACMI fee for the specific type of aircraft, possible costs regarding positioning of the aircraft, costs of ensuring the necessary preparedness of the crew and costs related to ensuring adequate ground support facilities such as hangar and workshop facilities.

In order to further compare the prices of the received tenders on a uniform basis each tenderer is requested to give their price offers for different example flight missions ...«

I »Aircraft Specific Questionnaire« vedrørende de tilbudte fly var der indledningsvis i afsnit A. »Type of aircraft and minimum requirements« bl.a. anført en række minimumskrav. Tilbudsgiverne skulle i et afkrydsningsfelt ud for hvert af de anførte krav ved afkrydsning bekræfte, om det fly, som spørgeskemaet blev udfyldt for, opfyldte de enkelte minimumskrav. Minimumskravene var:

»...

- ☐ The Company (ies) has the right certification(s) according to international laws and regulations
 - ☐ The aircraft is able to operate within airspace worldwide (incl. EU and the Arctic) without restrictions
 - ☐ The aircraft is able to land on 6000 ft. runways at Max Landing Weight (MLW)
 - ☐ The aircraft has a cruise speed of minimum Mach .75
 - ☐ The aircraft has a range of minimum 3000 NM i.e. Karup/Kabul non-stop
 - ☐ The Company (ies) provides handling agents, facilities etc. as required at the destinations to assist the passengers and the load/unload of cargo
 - ☐ The aircraft is approved to fly in Reduced Vertical Separation Minimum (RVSM) area and Minimum Navigation Performance Specification (MNPS) area
 - ☐ Applies to the worldwide provisions as well as to the regional supplementary procedures for air navigation applicable for all regions ...
 - ☐ The aircraft is equipped with: High Frequency (HF) radio and Satellite Communication (SATCOM)
 - ☐ The aircraft is equipped with: VHF Omni-directional Radio Range (VOR), Instrument Landing System (ILS), Distance Measuring Equipment (DME), Non-directional Beacon (NDB), Inertial Navigation System (INS) and Global Positioning System (GPS)
 - ☐ The aircraft is Basic Area Navigation Standard (BRNAV) approved
- ...«

I spørgeskemaets afsnit B. »Technical capacity/ability« skulle det bl.a. mere præcist anføres, hvad flyets »range« var, idet det var anført: »Please indicate the range of the aircraft (with full load) in the box below«. I feltet skulle flyveafstanden anføres i »nautical miles« (nm).

I udbudsbetingelsernes »Requirements Specification - Long Term Charter of Strategic Air Lift Capacity« er følgende anført:

»1. Background

The Danish Armed Forces (DAF) has a requirement for Strategic Air Lift Capacity to support its present and future national and international operations far from the homeland and also to support its operations in the North Atlantic area including Greenland. In addition to this the Danish Government may from time to time wish for the Danish Defence to be able to support humanitarian organisations with air lift capacity in cases of natural disasters and the like.

...

3. Full time charter and availability

The DAF expects to enter into a Full Time Charter of one or two aircraft incl. up to 3.000 flying hours pr. Year (minimum 1500 flying hours), depending on the type/s of aircraft.

...

4. Cargo

4.1. Types of cargo:

In order to fulfil the expected needs of the DAF, the aircraft shall be able to transport outsized cargo e.g. 20 ft. containers, MAN 35 trucks, UNIMOG and other items of similar size (a complete list of vehicles which may be transported is included in Annex B to the full time air charter contract).

The definition for outsized cargo on a civilian aircraft is cargo larger than 240 cm x 240 cm x 240 cm and a weight heavier than 6000 LBS.

For military aircrafts outsized cargo, is cargo larger than 210 cm x 240 cm x 245 cm and a weight heavier than 6000 LBS.

In 2007, approx. 1/3 of the total number of chartered aircraft to the DAF was transporting outsized cargo. The outsized cargo amounted to approx. 2/3 of the total weight transported to Afghanistan. Future needs are expected to be similar.

Besides outsized cargo, the general cargo will be transported using standard pallets.

The cargo (outsized and on pallets) will comprise all types of cargo e.g.:

- Dangerous goods (all classes, incl. forbidden/forbidden).
- Weapons.
- Food.
- Vehicles (see Annex B).
- Humanitarian aid (Tents, water purification, dry food, water, ect.).
- Mail and classified items.
- Medical supplies.

4.2. Remarks:

The annual estimated total amount of cargo to be transported will be approximately 2.000 tons depending on the operational developments/requirements.

...

5. PAX

It shall be possible to transport passengers of all categories in a suitable manner. Due to the length of the journey (primary target: Afghanistan), it is imperative that there is access to toilets and food all the way to the operational Area of Responsibility (AOR) – e.g. Kabul. The Carrier is to provide full catering services in accordance with normal airline procedures.

The passengers may consist of all categories:

- Troops with/without weapons.
- Civilians.
- Refugees.
- Passengers in need of medical care.
- Passengers on litters.

The number of passengers will vary depending on the situation, but as a guideline the current need in connection with troop rotations, is approx. 50-100 PAX per flight. The PAX weight is 80 kg. each, excl. luggage (approx. 40 kg).

...

6. Ground Handling

The Carrier has to ensure that the aircraft can be handled on the ground either by existing ground support equipment and personnel, or by the aircraft being self-sufficient.

7. The Aircraft

It may not be possible or desirable to solve all the different strategic air lift operations (Cargo and PAX) with only one aircraft or type of aircraft. It is possible to submit bids that include different types of aircrafts which in combination may be able to fulfil all or most of the requirements.

...

The aircraft shall comply with the following requirements:

7.1. Absolute and unconditional requirements.

...

7.2. Desirable requirements:

1. Not dependable on any special ground support.
2. Not dependable on high loaders.
3. Equipped with a Rear or Front ramp.
4. Able to hold outsized cargo up to Armoured Personnel Carrier, 20 ft container, MAN 35 TRUCK etc. – see Annex B.
5. Equipped with self protection equipment in connection with per-

sonnel transport.

6. Equipped with stage IV Aircraft Noise Standards due to future requirements and the possibility to operate from all airports through out the world.
7. Able to fly and land in arctic conditions including able to land on ice runways.
8. Able to land at gravel runways.
9. Flexible cabin to accommodate a combination of PAX and cargo or PAX or cargo alone.
10. Airdrop capability.
11. Equipped with Tactical Air Navigation equipped, TACAN.
12. Precision Area Navigation (PRNAV) approved.
13. Air-to-Air tanker capacity as a provider.

...

...«

Bilag B til udkastet til kontrakt indeholdt en liste over eksempler på outsized cargo.

For at kunne sammenligne tilbudspriserne skulle tilbudsgiverne angive deres priser for en række anførte ruter. Indklagede anmodede om priser for flytransport af PAX og cargo på bl.a. ruterne Karup-Narsarsuaq-Karup, Karup-Pristina-Karup og Karup-Kandahar.

Vedrørende delaftalen om »Broker service« er der anført følgende udbudsbetingelsernes »Requirements Specification - Broker services«:

»1. Background

...

In case the DAF is not able to utilize the chartered capacity in full or partly, the agreement between the DAF and the air operator (the Carrier) will allow for excess space or flight hours to be exchanged with NATO partners or sold on the civilian market.

In order for the DAF to sell the excess capacity, be it to NATO partners or on the civilian market, a professional Broker capacity is required. The Broker may be an individual broker company on the market or the Broker and the charter company (the Carrier) may be one and the same.

2. Objective

The objective of the requested Broker services is to minimize the total costs for DAF of the chartered full time strategic air lift capacity through the selling of possible excess flying hours or excess cargo or

PAX capacity to third parties.

...

4. Broker services

4.1. General

The Broker will be in charge of arranging the sales of excess capacity of the chartered aircrafts, i.e. excess flying hours and aircraft space for cargo and for PAX.

The Broker shall continuously strive at ensuring that the excess capacity is sold at the highest possible price at the time, with reference to the current market price for similar services, expressed in ACMI prices.

...

4.2. Coordination with Royal Danish Air Force

The Broker shall carry out the services in close and direct coordination with the Royal Danish Air Force (RDAF).

...

4.4. Payments

The Broker is responsible for invoicing all services sold to the Buyers and for the collection of all payments for the Buyers. The amount of the lease (ACMI) or the amounts due for sold excess cargo space or excess PAX space shall, less the Broker fee, be paid up front by the Broker to the DAF. The amount shall be due on the bank account of the DAF prior to the scheduled take-off. In case prepayment is not possible or feasible the Broker shall, within the same time frame, provide a bank guarantee on the equivalent amount.

...«

Indklagede besvarede under udbuddet spørgsmål fra tilbudsgiverne i relation til udbudsbetingelserne. Spørgsmål og svar blev gjort tilgængelige for alle tilbudsgivere på hjemmesiden for udbuddet. Der blev bl.a. lagt følgende spørgsmål og svar ud på hjemmesiden vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«:

»Question 2.d): In requirements specifications it is stated that normally between 50 to 100 PAX will be transported, however in some of the price examples 140 PAX is mentioned. Can you please confirm that the main requirement is the 50 to 100 PAX per flight also in relation to the absolute and unconditional requirements such as 3000 nm. and 6000 feet runways?

Answer: Yes, the main requirement is 50 to 100 PAX per flight.

...

Question 3.e): Is it possible to receive the minimum landing weight in KG required? 6.000 ft. runway is given, 3.000 NM is a requirement, but no where in the requirements the minimum load to be carried.

Answer: The minimum load to be carried is 10.000,00 KG.«

Indklagede havde til brug for evalueringen af tilbuddene udarbejdet »Vejledning vedrørende evaluering af tilbud på LARK« af 2. oktober 2008. Vejledningen var til indklagedes interne brug. Følgende fremgik bl.a. af vejledningen:

»1. Procedure

...

Den teknisk/faglige evaluering gennemføres af en evalueringsgruppe, der er udpeget til formålet. Evalueringsgruppen nedsættes med udgangspunkt i LARK projektgruppen, men kan også indeholde andre personer fra forsvaret med særlig relevant viden og erfaring.

Efter afslutning af evalueringen fremlægges resultatet for styregruppen med anbefaling af, hvilket firma eller konsortium, der skal tilbydes kontrakt på Carrier-delen. Styregruppen skal herefter godkende resultatet.

2. Proces

Evalueringen af tilbudene gennemføres på et 2-dages seminar for evalueringsgruppens medlemmer. Herved sikres en koncentreret og fokuseret indsats om evalueringen.

Hvert medlem af evalueringsgruppen får udleveret et komplet sæt af tilbudene samt et evalueringsskema for hvert tilbud, som skal udfyldes med en vurdering af hvert enkelt tilbuds grad af målopfyldelse holdt op imod hver parameter i tildelingskriterierne.

Et papir med tildelingskriterierne for begge kontrakter vil blive udleveret, således at det er muligt at se sammenhængen mellem de forskellige kriterier, hvis man føler behov herfor.

For hver parameter i tildelingskriterierne gives tillige en pointscore på basis af den foretagne vurdering. Pointene skal bruges til at skabe et internt overblik over evalueringsgruppens vurdering af tilbudene. Pointene gives med udgangspunkt i en fælles skala 1-5, der gennemgås nærmere inden evalueringen begynder.

Evalueringen deles i to: en ren teknisk/faglig vurdering uden skelen til

pris, og en prismæssig/økonomisk vurdering uden skelen til teknisk/faglig løsning. Herefter samles evalueringerne til et endeligt resultat.

2.1 Den teknisk/faglige vurdering

Hver evaluator gennemgår tilbudene og giver sin vurdering af hvert enkelt tilbud holdt op imod hver parameter i tildelingskriterierne. Vurderingen nedfældes på evalueringsskemaet og der gives en pointscore for graden af målopfyldelse. Der skal skrives en vurdering; en pointgivning må ikke stå alene.

Efter afslutningen af gruppens vurdering af tilbudene udarbejder FKO en oversigt og sammenfatning af de afgivne vurderinger. Endvidere overfører FKO de tildelte point til et kontrolark (Excel), som ganger pointene igennem med de tildelte vægte, jävnfør tildelingskriterierne, og sammenregner de vægtede teknisk/faglige scores for hvert tilbud.

Når dette er sket samles evalueringsgruppen til en fælles kort diskussion. Eventuelle store udsving i vurderingen af tilbudene gennemgås med henblik på at afklare forskellen og sikre en fælles forståelse af baggrunden for udsvingene, herunder afklare eventuelle oversete informationer/misforståelser m.m. i materialet.

...

4. Fremlæggelse for styregruppen

FKO udarbejder et notat over resultatet af evalueringsgruppens arbejde og fremlægger på grundlag heraf en anbefaling til styregruppen om hvilke(n) virksomhed(er), der skal have tildelt kontrakt. Medlemmerne af styregruppen får ligeledes et resumé af de tilbud, der har indgået i evalueringen. Styregruppen træffer herefter afgørelse om, hvilke firmaer eller konsortier, der skal tilbydes kontrakt.«

2. Klagerens første tilbud

Klageren indleverede tilbud på både delaftalen om »Air Lift Capacity« og delaftalen om »Broker service«.

Til løsning af opgaven vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« tilbød klageren et fly af typen Boeing 737-700W eller Airbus A319-100. Af det udfyldte spørgeskema fremgik, at flyene opfyldte alle de opstillede minimumskrav, herunder en »range« på 3.000 nm. Det blev anført, at flyenes »range« med fuld last var 3.400 nm. De var ikke i stand til at lande på »gravel runways«. Den månedlige ACMI pris var 950.000 euro. Under afsnit E. »Environment« var det anført, at flyene opfyldte »stage IV Aircraft Noise

Standards«. Af tilbuddet fremgik endvidere:

»...

The technical content of this proposal is a full time charter of a single aisle passenger aircraft of the Boeing 737 or Airbus A319 type with organization setup and crew to fly up to 3000 flying hours per year. In addition the organization will be upgraded to handle requirements for additional aircraft where this type of aircraft is not suitable, i.e. outsized cargo. These requirements will be fulfilled through chartering in aircraft from other operators

...

Subcontracted Aircraft – i.e. IL-76

...«

Klageren tilbød således ikke en fuldtidschartring af fly til transport af bl.a. outsized cargo.

Klageren anførte følgende under pkt. 1.5. »Price sheet« som en kort opsummering af den tilbudte pris:

»ACMI B737/A319 € 950.000 monthly, additional hours in excess of 3.000 FH per year € 2.445 per FH

Ad-hoc short term air capacity charter: HOURLY RATE €3.800 per Block Hour, subject to minimum charges from time to time depending on the actual operation.

...

Ad hoc Outsized cargo on case by case basis as this will be handled by chartering aircraft that can transport outsized cargo, i.e. IL 76.

...«

Klageren havde endvidere angivet priser for nogle af de ruter, som indklagede havde anført som eksempler i udbudsbetingelserne.

Vedrørende delaftalen om »Broker service« anførte klageren i tilbuddet, at »Broker fee« udgjorde 10 % af det beløb, som en tredjepart skulle betale for de konkrete flyvninger. Derudover anførte klageren: »In addition to the 10 % broker fee a fixed monthly fee of € 34.000 shall apply to the broker services«. Klageren anførte ikke noget i forhold til underkriteriet 1. »Effectiveness«.

Efter at have modtaget klagerens tilbud stillede indklagede den 8. oktober 2008 nogle afklarende spørgsmål til klageren vedrørende de anførte priser i tilbuddet. I forbindelse med klagerens svar den 9. oktober 2008 uddybede klageren, hvad klageren ville gøre, når de tilbødte fly – Boeing 737-700 eller Airbus A319 – ikke ville være anvendelige:

»... In addition the organization will be upgraded to handle requirements for additional aircraft where this type of aircraft is not suitable, i.e. outsized cargo. These requirements will be fulfilled through chartering in aircraft from other operators, and in the document »1.5. Price Sheet«, »Ad hoc Outsized cargo on case by case basis as this will be handled by chartering aircraft that can transport outsized cargo, i.e. IL 76«. This means that we will set up a one point of contract for all transport tasks and in the cases where it cannot be handled by the full time chartered aircraft we will charter in aircraft from other operators, and the price will reflect the current market price or the relevant operation.

...«

3. Adagold Aviation Pty Ltd.'s første tilbud

Da dette tilbud blev indleveret, var Inversija Ltd. ikke anført som en del af et konsortium med Adagold Aviation Pty Ltd. Adagold Aviation Pty Ltd. oplyste om flere samarbejdspartenerne i tilbuddet, herunder Inversija Ltd., der skulle levere fly af typen IL76.

Adagold Aviation Pty Ltd. afgav kun tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity«.

Til løsning af opgaven tilbød Adagold Aviation Pty Ltd. – ligesom klageren - et fly af typen Boeing 737-700, og det blev anført, at det opfyldte alle de opstillede minimumskrav, herunder kravet om en »range« på 3.000 nm. Den maksimale »range« med fuld last blev anført til 3.200 nm. Det var ikke i stand til at lande på »gravel runways«. Under afsnit E. »Environment« var det anført, at flyet opfyldte »stage IV Aircraft Noise Standards«.

Adagold Aviation Pty Ltd. tilbød endvidere 2 fly af typen IL76 T Combi. Flyene skulle stilles til rådighed af Inversija Ltd. Også for disse fly blev det oplyst, at minimumskravene, herunder kravet om en »range« på 3.000 nm, var opfyldt, idet det dog fremgik, at minimumskravet om, at »the aircraft is able to operate within airspace worldwide (incl. EU and the Arctic) without restrictions«, ikke var opfyldt. Ved fuld last havde flyene kun en »range« på

1.350 nm. De var i stand til at lande på »gravel runways«. Under afsnit E. »Environment« var det anført, at flyene opfyldte »stage II Aircraft Noise Standards«. Af tilbuddet fremgik endvidere:

»...

Adagold are offering three dedicated aircraft and crews to meet the requirements as outlined in the LARK Tender. It is important to note by adding the total monthly costs for the Boeing 737-700W (W is for winglets which improve performance, increase range and reduce fuel consumption) and the total monthly costs for the IL76T Combi – the DAF is in fact receiving three dedicated aircraft with flexible back up capability between the different configurations.

...«

Adagold Aviation Pty Ltd. havde angivet priser for begge flytyper for nogle af de ruter, som indklagede havde anført som eksempler i udbudsbetingelserne.

Aircharter Internationals 1. tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity« har ikke været fremlagt under klagesagen.

4. Avico UK and Ireland Limiteds tilbud

Avico UK and Ireland Limited afgav kun tilbud på delaftalen om »Broker service«

Ifølge tilbuddet var prisen for broker-ydelsen 1,25 % af det samlede salg. Det blev endvidere anført:

»...

Avico are in a very stable financial position and for any and all flights for 3rd parties we will provide paymant guarantees for any work undertaken. That is to say Avico will underwrite all 3rd party »additional« flights should the customer fail to pay.«

Avico UK and Ireland Limited gav herefter en beskrivelse af »Internal organisation of Avico«, »Collaboration with the Royal Danish Air Force and other parties«, »Response times from reception of flight request till aircraft and crew are ready for operation« og »Quality assurance«.

Hunt&Palmer Plc.'s tilbud på delaftalen om »Broker service« er ikke frem-

lagt under klagesagen.

5. Tilbuddenes konditionsmæssighed og udbud med forhandling vedrørende delaftalen på »Air Lift Capacity«

Indklagede foretog herefter en gennemgang af de modtagne tilbud vedrørende begge delaftaler.

Vedrørende Adagold Aviation Pty Ltd.'s tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity« konstaterede indklagede, at de tilbødte fly af typen IL76 T Combi »opfylder alle minimumskrav, bortset fra et: godkendt til at flyve i RVSM områder, men ikke MNPS områder«. Adagold Aviation Pty Ltd. havde endvidere ikke angivet priser for 3 af de eksempler på ruter, som indklagede havde anført i udbudsbetingelserne.

Vedrørende klagerens tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity« konstaterede indklagede, at klageren tilbød en PAX flyver – Boeing 737-700W eller Airbus A319 – mens fly til cargo ville blive chartret ved underleverandør, f.eks. fly af typen IL76. Der var imidlertid ingen oplysninger om dette eller disse fly. Klageren havde endvidere ikke angivet priser for 2 af de eksempler på ruter, som indklagede havde anført i udbudsbetingelserne.

Vedrørende Aircharter Internationals tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity« konstaterede indklagede, at de tilbødte fly – 2 stk. MD83 – ikke opfyldte 2 af de opstillede minimumskrav. Flyene var således ikke udstyret med Satellite Communication (SATCOM) og Inertial Navigation System (INS). Aircharter International havde endvidere ikke angivet priser for 4 af de eksempler på ruter, som indklagede havde anført i udbudsbetingelserne.

Indklagede konstaterede, at de indleverede tilbud på delaftalen om »Broker service« alle var konditionsmæssige.

Ved e-mail af 14. oktober 2008 meddelte indklagede de virksomheder, der havde afgivet tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity«, at ingen af tilbuddene var konditionsmæssige. Indklagede skrev videre:

»Thus, none of the received tenders complied completely with the tender material. However, this fact gives Defence Command Denmark the opportunity to substitute the restricted tender procedure that has been

followed so far, with a negotiated procedure with prior publication of a contract notice, cfr. Directive 2004/18/EC, Article 30.«

Indklagede overgik således til udbud med forhandling, jf. Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Alle 3 tilbudsgivere blev inviteret til forhandling, og det blev meddelt, at de i den følgende uge ville få oplyst tidspunktet og emnerne for forhandlingen med den enkelte virksomhed.

Af referatet fra mødet af 22. oktober 2008 mellem Adagold Aviation Pty Ltd. og indklagede fremgår bl.a.:

»1. Konditionsmæssighed

Adagold's tilbud er ikke konditionsmæssigt, idet der mangler godkendelse til flyvning i MNSP-områder (Nordatlanten).

FSV oplyste, at installation af GPS vil være tilstrækkeligt til at kunne opnå godkendelse. Adagold vil sørge for, at der installeres det nødvendige udstyr til at tilbudet bliver konditionsmæssigt.

2. Ability

2.1. Adagold angiver, at B 737-700W maksimalt kan flyve med 100 PAX ad gangen. Er det rigtigt?

Adagold: Dette skyldes alene usikkerhed fra vores side, om hvad forsvarets behov er. De 100 PAX blev ansat fordi FSV havde angivet, at der skal flyves i ét stræk Karup-Kandahar. Flyet kan løfte op til 144 personer, men så kan det ikke flyve i ét stræk til Kandahar.

FSV oplyste, at der ikke er noget i vejen for, at flyet tanker op på vejen, det sker også på flyvninger i dag.

Adagold foreslog, at FSV i udbudsmaterialet – i priseksemplerne - angiver vægten, snarere end antal PAX.

Adagold spurgte til omfanget af de forskellige flyvninger. Det havde ikke været nemt at prissætte flyvningerne, da de ikke kendte omfanget af flyvningerne på de forskellige destinationer.

FSV: Vi har data om antal flyvninger og payload for de forskellige destinationer. Vi vil angive det i priseksemplerne, så grundlaget for tilbudsgivning bliver mere klart.

...

2.6. IL76: Max range på 1350 NM med fuld last. Passer det?

Adagold: Ja, det er korrekt. Vi byder ind med to IL 76 i »T« versionen. Det er ikke TD versionen.

...

2.8. Camp Bastion. Det anføres i Adagolds tilbud, at IL76 ikke lovligt kan lande i Camp Bastion pga. landingsforholdene. Er I sikre på det?

PC [Per Coulet, Flyvertaktisk Kommando]: I kan sagtens lande i Camp Bastion. Det kræver ekstra udstyr i form af GPS og DME. Dokumentationen for det findes på et Royal Air Force info. sheet, som PC har. PC vil give dette videre til Adagold. Alt i alt skulle der ikke være nogen problemer med at lande med nogen af flyene (737 og IL76).

Inversija: I AFM (Aviation Flight Manual) er minimum bredden på runway 49m for at kunne lande med en IL76, og det er der ikke i Camp Bastion.

KO [Kern Oddershede, Flyvertaktisk Kommando]: Vi vil skaffe mere detaljerede oplysninger om situationen i dag og give disse til jer. Der er i øvrigt planer om at bygge en ny runway i Bastion, bl.a. sådan at AN 124 kan lande der.

...

3. Pris og Miljøforhold

AK [Alan Kiilerich, Forsvarskommando]: Vi finder, at Adagold's priser ligger højt i forhold til nuværende markedspriser. Vi er klar over, at usikkerheder i tilbudsforudsætninger ofte ender med højere priser for at kompensere for sådanne usikkerheder. Vi mener, det bør være muligt at skære priserne mere skarpt, hvis usikkerheder fjernes i størst muligt omfang.

Adagold: Det kan vi bekræfte.

AK: Kan vi spørge til 2 priser (optioner) for henholdsvis IL76 i Stage II, og IL76 i Stage IV i priseksemplerne?

Inversija: Ja, dette er muligt, men Stage IV bruges ikke i dag til flyvninger på ISAF. Man skal også huske på priserne på motorerne. Det er en omkostning på ca. 50 mill USD, så det kræver mange flyvninger til høje priser for at investeringen kan tages hjem. En Stage IV koster ca 3xACMI-raten i forhold til Stage II.

Der findes også kun to IL76 i dag, der er Stage IV. Men hvis vi får kon-

trakten vil vi pushe i retning af Stage IV. Det tager ca 14 måneder i produktionstid at anskaffe/ombygge en IL76 til Stage IV.

...

4.1. IL76 Stage III Cargo

Adagold: Vi vil kunne tilbyde en IL76 MF Stage II alene til cargo. En sådan er ikke bygget endnu. Det korte tidsrum er 2½ år, den lange er 3+ år. En IL76 MF Stage III er kun til militært brug – vil kun kunne lande i militære lufthavne – men maskinen vil have alt udstyr til hurtig godkendelse.«

Af referater fra mødet mellem klageren og indklagede den 24. oktober 2008 fremgår bl.a. følgende:

»1. Konditionsmæssighed

Cimber har ikke tilbudt nogen løsning på cargo-delen. Cimber tilbyder en PAX B737-700W eller en A319-100. Cargo vil blive indchartret som underleverandør, f.eks. en IL76.

Cimber: Vi er klar over, at vi skal byde ind med en fast cargokapacitet. Vi har overvejet forskellige muligheder:

- B737 C40 fragtversion, men vi har ikke selv nogen, og de findes ikke p.t. på markedet til en 4-årig kontrakt.
- Vi kan måske skaffe en 737-300 qc combi (qc=quick change). Den kan løfte 149 PAX, eller 19,7 tons cargo (palleteret).
- Vi har en aftale om en IL76 – fra Inversija i Letland (som underleverandør). Aftalen er foreløbig kun mundtlig, men vi regner med den, såfremt Adagold-konsortiet, som Inversija er med i, ikke skulle vinde kontrakten.

AP [Anja Piening, Forsvarskommandoen]: Vi er nødt til at have et fast tilbud på både PAX og cargo for at tilbuddet er konditionsmæssigt.

Cimber: I kræver non-stop flyvning Karup-Kabul? Vi er nødt til at tanke op undervejs med en 737. Trapson i Tyrkiet kan være en mulighed.

Cimber: Vi har behov for en nærmere beskrivelse af cargo behov mm.

FSV: Listen i udbudsmaterialet viser det, inkl. 20 fods containere.

Cimber: C17, IL76 og B737 er de eneste, der kan løfte 20-fods containere. Selskabet Silk Way med 2 IL76 (Stage IV) er ingen løsning pga.

indtryk af mangler i forhold til reliability og flight safety.

...

2.3. Selvbeskyttelse. Hvor langt er I i forhandlingerne? Hvem forhandler I med? Hvis forsvaret skal betale, er det så også forsvaret der er kontaktpartnere, eller vil det være Cimber Air? Hvad koster det?

Cimber: FLE [Michael Fleischer, Cimber Air] gennemgik deres arbejde med at skaffe optioner på selvbeskyttelse.

Mest aktuelt er Matador systemet. Systemet udsender et jammer-lys, der forvirrer indkommende missiler, så de ikke rammer. Systemet virker på flere missiler samtidig. Systemet sidder på flyets halepart og dækker primært bagud. Matador beskytter bl.a. mod SA-7 missiler. Når installeret kan systemet monteres/demonteres på ca. ½ time.

Der er p.t. 20 operatører fra 9 forskellige lande, der flyver med det.

FLE oplyste, at Cimber havde fået grønt lys fra Pentagon til, at Matador kan releases til Cimber. Per Lyse Rasmussen, oberstløjtnant, har været med hele vejen omkring dette, og var bl.a. med at se produktionsanlægget i New Hampshire.

Prisen for Matador er ca 3 mill USD alt inklusive.

...

AK: Vi foreslår, at I beskriver løsningsmulighederne som optioner.

...

3.2. Specifikation af udbudsmaterialet

AK: Vi vil specificere forudsætningerne tydeligere i udbudsmaterialet. Med klarere forudsætninger regner vi også med, at I vil være i stand til at skære priserne endnu skarpere.

Vi vil desuden specificere flyvetimer i intervaller og bede jer give en pris for hvert interval.

AP: Hvad mener I præcist med bloktimer?

Cimber: Bloktimer betyder fra hjulene begynder at rulle, til de står stille igen.«

Af referater fra mødet mellem Aircharter International og indklagede den 27. oktober 2008 fremgår bl.a. følgende:

»1. Konditionsræssighed

Flyene I tilbyder er ikke udstyret med SATCOM. ...

Aircharter: Vi vil installere SATCON. Desuden har vi HF.

1.1. Flyene er ikke udstyret med INS, hvordan vil I klare dette krav?

Aircharter: Vi har to separate TPS systemer, som dækker kravet også. Begge MD83 er certificeret til Nordatlanten.

...

2.2. I har ikke budt med nogen cargofly. Hvordan vil I løse cargoopgaven?

Aircharter: Vi har arbejdet på en løsning og har to muligheder for indchartring:

1. B757-200 Cargo

2. B737-300 Cargo

Begge fly er Stage III. ...

Aircharter: Vil B757 passe til FSV's behov? Hvilken slags outsized cargo skal der flyves med?

FSV: Det er op til jer at vurdere, hvilket fly I vil byde ind med. Og der er en udførlig liste over cargotyper i udbudsmaterialet.

Aircharter: Løser i jeres cargoopgaver i dag med f.eks. Herkules og IL76?

FSV: Ja. Og begge flytyper må flyve, selvom de er Stage II.

...

FSV: Hvordan vil I løse behovet for transport af outsized cargo?

Aircharter: Vi arbejder i øjeblikket på at skaffe en IL76 og en AN 12

M.h.t. IL76 er mulige samarbejdspartnere nogle selskaber i Ukraine og Kazakstan. For så vidt angår AN 12 har vi tidligere arbejdet med en operatør i Bulgarien, nu drejer det sig om et selskab fra Belarus (Hviderusland).«

6. Udbudsbetingelserne ved det fornyede udbud

Efter forhandlingerne med de 3 tilbudsgivere meddelte indklagede ved e-

mail af 3. november 2008, at de nye udbudsbetingelser nu var tilgængelige på hjemmesiden for udbuddet. Det fremgik af e-mailen, i hvilket omfang der var sket ændringer af udbudsbetingelserne, og det blev i den forbindelse bl.a. fremhævet, at der ikke længere skulle gives egentlige priseksempler på flyvninger. Fristen for afgivelse af tilbud var den 17. november 2008.

I »Guide Regarding Renewed Tendering for LARK« (udbudsbetingelserne) fremgår følgende:

»...

B. Questionnaires for Air Operators

The Aircraft Specific Questionnaire must be filled in by all companies or consortia that tender for the Air Operator Agreement.

4. Aircraft Specific Questionnaire

Companies or consortia may wish to include more than one type of aircraft in their offer, e.g. if they find that this will better meet the demands of the DAF for air lift capacity.

If companies or consortia include more than one type of aircraft in their offer, one questionnaire must be completed for each type of aircraft.

...

Section A: Type of aircraft and minimum requirements

This section concerns information on the type of aircraft (for this questionnaire), number of the specific type of aircraft included in the bid and the compliance with the minimum requirements of the aircrafts as to their performance and equipment ect. ...

...

Section C: Price Elements

In this section the tenderer is requested to give information on the monthly ACMI fee for the specific type of aircraft based on specific flying hours, possible costs regarding positioning of the aircraft, costs of ensuring the necessary preparedness of the crew and costs related to ensuring adequate ground support facilities such as rent for hangar facilities.

Further there is a section regarding the fuel consumption, in general as well as in relation to specific destinations.

...

Section E: Environment

The DAF only charters aircraft that are fully in compliance with existing rules and regulations for the aircraft industry including the existing environmental regulations. The tenderer is requested to indicate what international noise standard the proposed aircraft comply with (Stage II Aircraft Noise Standards Stage III Aircraft Noise Standards or Stage IV Aircraft Noise Standards).

Further more the tenderer is requested to describe how the tenderer would handle a tightening of the regulations regarding Aircraft Noise Standards.«

Udbudsbetingelserne var i øvrigt i overvejende grad identiske med udbudsbetingelserne før overgang til udbud med forhandling. Under pkt. 2.1. »Aircraft Specific Questionnaire« var minimumskravene til de tilbudte fly således de samme. Umiddelbart i forbindelse med minimumskravene havde indklagede anført følgende:

»Note 1: Regarding the ability to operate world wide without restrictions, you could in your new proposal indicate the types of e.g. stage II aircraft that you initially offer. This is acceptable if you at the same time describe a plan for replacing this/these aircraft with upgraded/new stage III/IV aircraft if it becomes necessary due to changes of environmental regulations.

Note 2: Aircraft not approved to fly in RVSM areas will be able to operate either below FL285 or above FL410 to avoid the area. ...

Aircraft not approved to fly in MNPS areas will be able to operate either below FL285 or above FL410 to avoid the area. ...

Note 3: Aircraft must be equipped with HF radio. SATCOM does not need to be permanently installed but could be portable unit.

Note 4: If the aircraft is not equipped with INS an equivalent navigation system must be installed. ...«

I udbudsbetingelsernes pkt. 2.1., afsnit B. »Technical capacity/ability« fremgår følgende:

»...

B3. Combi

Is it possible to use the aircraft to transport cargo as well as PAX?

- ☐ Yes
☐ No

If yes, please state how much time is needed to change the aircraft from a PAX aircraft to a cargo aircraft

B4. Flexible Cabin

Does the aircraft have a flexible cabin to accomodate a combination of PAX and cargo at the same time?

- ☐ Yes
☐ No

B5. Outsized cargo

Is the aircraft able to transport outsized cargo?

See technical specifications for further details regarding sizes for out-sized cargo.

- ☐ Yes
☐ No

If yes, please state the maximum dimensions for the outsized cargo the aircraft can hold.

B6. Self protection

Is the aircraft equipped with a selfprotection system?

- ☐ Yes
☐ No

If yes, please upload documentation.

Please state in the box which selfprotection system the aircraft is equipped with:

Please state what kind of threat(s) the selfprotection system protects against

B7. Loading

How does the aircraft(s) get loaded?

- ☐ Front ramp
- ☐ Rear ramp
- ☐ Side door
- ☐ High loader

B8. Ground support

Is the aircraft dependable on ground support?

- ☐ Yes
- ☐ No

If yes, please describe the necessary support, and how this will be provided.

Note: If your offer regards a combi aircraft that only needs ground support carrying cargo, please make sure to state that, as well as a description of the above.

...«

Vedrørende ACMI-prisen for det enkelte fly skulle tilbudsgiverne i spørgeskemaet for hvert af de tilbudte fly oplyse priser for henholdsvis 1.000, 1.500, 2.000, 2.200, 2.400, 2.600, 2.800 og 3.000 årlige flyvetimer. ACMI-prisen skulle ikke oplyses, hvis det anførte antal årlige flyvetimer oversteg det enkelte flys årlige flyvetimer. Desuden skulle størrelsen på besætningen oplyses ved henholdsvis 1.000, 1.500, 2.000, 2.200, 2.400, 2.600, 2.800 og 3.000 årlige flyvetimer. Tilbudsgiverne skulle endvidere oplyse brændstofforbrug på bl.a. ruterne Karup-Kabul og Karup-Kandahar, begge med en mellemlanding i Tyrkiet. Forbruget skulle oplyses ved dels tomt fly, dels »maximum PAX capacity«, dels »maximum payload«.

For at overholde internationale bestemmelser vedrørende miljøkrav skulle tilbudsgiverne under E. »Environment«, pkt. E2. »Upgrading«, udover at

oplyse det aktuelle flys stage i »Aircraft Noise Standards«, beskrive, hvordan virksomheden ville håndtere en stramning af miljøkravene fra en lavere »stage in the Aircraft Noise Standards« til en højere.

I »Requirements Specification« i udbudsbetingelserne blev det fortsat anført, at indklagede forventede at indgå en »Full Time Charter of one or two aircraft incl. up to 3.000 flying hours pr. year (minimum 1500 flying hours), depending on the type/s of aircraft«. I pkt. 4.1. »Types of cargo« blev det anført:

»In order to fulfil the expected needs of the DAF, the aircraft shall be able to transport outsized cargo e.g. 20 ft. containers, MAN 35 trucks, UNIMOG and other items of similar size ...

...

In 2007, approx. 1/3 of the total number of chartered aircraft to the DAF was transporting outsized cargo. The outsized cargo amounted to approx. 2/3 of the total weight transported to Afghanistan. Future needs are expected to be similar.

...«

Under pkt. 4.2. »Remarks« blev det anført:

»The annual estimated total amount of cargo to be transported will be approximately 2.600-3.000 tons depending on the operational developments and requirements. Roughly 80 % of the cargo is outsized cargo whereas 20 % is on pallets. The bulk of the cargo is to be transported to/from the International Security Assistance Force (ISAF) in Afghanistan.

...«

I udbudsbetingelsernes »Requirements Specification« pkt. 6 anførte indklagede det forventede årlige transportbehov til destinationerne Kabul, Kandahar, Camp Bastion, Pristina, Narsasuaq og Reykavik.

Under pkt. 8. »The Aircraft« fremgår:

»It may not be possible or desirable to solve all the different strategic air lift operations (Cargo and PAX) with only one aircraft or type of aircraft. It is therefore possible to submit bids that include different types of aircrafts which in combination may be able to fulfil all or most of the requirements.

The Carrier will be required to provide replacement aircraft in case technical status of any aircraft will cause delay exceeding twenty-four (24) hours.

The international rules for civil aviation makes it increasingly harder to obtain permits to operate Stage II aircraft. Therefore, if any bid contains a Stage II aircraft, the tenderer should be aware, that the Carrier contract obligates the tenderer to make sure, that the aircraft at all times is compliant with existing rules and regulations in the area of civil aviation. Therefore it is likely, that a proposed Stage II aircraft at some point in future will have to be replaced with, or upgraded to, a Stage III or IV aircraft.

Under pkt. 13. »Environment« fremgår:

»The aircraft must at any time comply with international environmental regulations. It is still possible to operate stage II aircraft from a limited number of airbases/airports/aerodromes where national authorities have given dispensation for noise emission. This applies to destinations within the EU as well as destinations outside the EU. However, indications clearly are that the number of civil airports with dispensation for noise emission will continue to decline, and that it at some point will be necessary to replace existing stage II aircraft with new aircraft or to upgrade to stage III/IV.

In your offer you are requested to describe a plan for replacing this/these aircraft with upgraded/new stage III/IV aircraft if it becomes necessary due to changes of environmental flight regulations.«

Ved en e-mail af 10. november 2008 til tilbudsgiverne meddelte Per Coulet, Flyvertaktisk Kommando, at der ikke fandtes et officielt »approach chart« til Camp Bastion. Han henviste dog tilbudsgiverne til en hjemmeside på internettet, hvor de kunne finde officielle oplysninger om Camp Bastion.

Der blev igen indleveret tilbud af de 3 tilbudsgivere, som tidligere havde afgivet tilbud, nemlig klageren, Adagold Aviation Pty Ltd. og Aircharter International.

7. Klagerens andet tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity«

Til løsning af opgaven tilbød klageren – som ved sit første tilbud - et fly af typen Boeing 737-700W. Det blev angivet, at flyet opfyldte de opstillede minimumskrav. Vedrørende »Self Protection« anførte klageren:

»BAE Systems Matador can be installed after contract award subject to all approvals being obtained. We have positive indications from the vendor, but no contract is signed. For any further reference contact the contact person for the tender procedure. All costs in connection with approval of ATC and installation etc. including all system hardware is to be covered by the charterer.«

ACMI-prisen for 1.000 til 3.000 årlige flyvetimer blev oplyst til at være fra 864.000 euro pr. måned til 988.000 euro pr. måned.

Klageren tilbød endvidere en Boeing 737-300QC til transport af både PAX og cargo. Også dette fly opfyldte de opstillede minimumskrav. »Range« ved fuld last blev anført til 3.000 nm. Det blev oplyst, at flyet var »additional to the primary aircraft B737-700 and shares the crew resources with this aircraft«. Klageren anførte kun ACMI-prisen ved 3.000 årlige flyvetimer og ikke prisen i intervallet fra 1.000-2.800 flyvetimer. Prisen var 248.900 euro pr. måned. Under pkt. E. »Environment« var det anført, at flyet opfyldte »stage III Aircraft Noise Standards«.

Klageren oplyste endvidere:

»...

The technical content of this proposal is a full time charter of a single aisle passenger aircraft of the type Boeing 737-700 with organization setup and crew to fly up to 3000 flying hours per year. In addition the organization will be upgraded to handle requirements for additional aircraft where this type of aircraft is not suitable, i.e. oversized cargo. These requirements will be fulfilled through chartering in aircraft from other operators.

In addition to the Boeing 737-700 aircraft we offer as back up and cargo aircraft a Boeing 737-300QC aircraft convertible between passenger and cargo. The two aircraft share the same crew resources.

...

Subcontracted Aircraft – i.e. IL-76

...

IL-76 A few notes

The Ilyushin IL-76 (which has the NATO reporting name 'Candid') was developed as a replacement for the turboprop powered Antonov An-12, mainly for military use.

...

Qua Cimber Air mangeårige erfaring med spotcharter af lufttransportkapaciteter er det Cimber Airs vurdering, at Cimber Air ved at spotchartre overskydende Boeing 737 kapacitet vil kunne opnå fordele for såvel kunde som leverandør – og samtidig tilbyde forsvaret den størst mulige grad af fleksibilitet til mindst mulig pris. Dette eksempel skal blot ses som et blandt mange eksempler på hvad Cimber Air benævner »capability swap«.

Der kan ikke herske tvivl om, at Boeing 737 er en eftertragtet kapacitet på såvel det civile som militære lufttransportmarked. Der er heller ikke tvivl om, at Boeing 737 ikke kan løse hele spektrum af lufttransportopgaver, som forsvaret i løbet af et år har behov for at få løst (f.eks. outsize cargo – 20 fods containere og lastbiler). Men netop Boeing 737 placering som en eftertragtet, fleksibel og økonomisk fornuftig kapacitet ser Cimber Air som en styrke for LARK i forhold til dækning af den del af forsvarets lufttransportbehov som Boeing 737 ikke kan dække gennem »capability swap«. I praksis kan dette forestilles dækket gennem aftaler med Il-76 samarbejdspartner, samt i regi af Movement Coordination Center eller European Airlift Center i Eindhoven, gennem bilaterale aftaler, koalitionsaftaler eller rent kommercielle aftaler på det frie marked for luftfart. Cimber Air har indledt forhandlinger med Inversija i Letland som underleverandør på outsized cargo. Inversija er hjemmehørende i Letland som er både NATO og EU medlem.

En eventuel overskudskapacitet på de indchartrede Boeing 737 kan måske »veksles« til eksempelvis flyvninger med C-17, An-124, Il-76, KC-135 eller anden for forsvaret ønskelig kapacitet. Med andre ord forestiller Cimber Air sig som en fleksibel partner i relation til forsvarets muligheder for fleksibel anvendelse af lufttransportressourcer.

...

På baggrund af erfaringer i branchen vurderer Cimber Air, at ca. 75 % af den fragtmængde der pt. transporteres ad luftvejen til Afghanistan, kan pakkes på standardpaller og lastes i en Boeing 737.

...

Forsvarets internationale operationer gennemføres som regel i mindre stabile egne af verden. Dette medfører i Cimber Airs øjne behovet for som minimum at overveje at implementerer ekstra beskyttelsesforanstaltninger for besætning og passager. Cimber Air undersøger i den sammenhæng sammen med Boeing muligheden for at beklæde dele af strukturen med kevlar. Derudover har Cimber Air undersøgt muligheden for at udstyre Boeing 737 med selvbeskyttelsessystemet Matador... Cimber Air har de amerikanske myndigheders og leverandørens skrift-

lige forhåndstilsagn om at få tilladelse til anskaffelse af udstyret.
...«

Af tilbuddets pkt. 1.5. »Price sheet« fremgår bl.a., at prisen for ad hoc »short term air capacity charter« udgjorde 3.980 euro pr. bloktime.

8. Adagold-Inversijas andet tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity«

Til forskel fra det første tilbud, som Adagold Aviation Pty Ltd. indleverede, indgik Inversija Ltd. nu i et konsortium med Adagold Aviation Pty Ltd.

Til løsning af opgaven tilbød Adagold-Inversija dels et fly af typen Boeing 737-300QC, dels 2 fly af typen IL76 T.

Vedrørende flyet Boeing 737-300QC – der var samme type, som klageren havde tilbudt som »additional« til sit primære fly, Boeing 737-700W - blev det anført, at flyet havde en maksimal »range« på 3.052 nm, som ved fuld last dog kun var på 1.800 nm. Alle minimumskraverne var opfyldt. Det blev anført, at flyet kunne lande på »gravel runway«. De årlige flyvetimer blev oplyst til 5.000. Under pkt. E. »Environment« var det anført, at flyet opfyldte »stage III Aircraft Noise Standards«.

Vedrørende de 2 fly af typen IL76 T blev det anført, at de opfyldte alle minimumskrav, herunder at de havde en »range« på 3.000 nm. Ved fuld last var der en »range« på 1.350 nm. De årlige flyvetimer blev oplyst til 2.200. Til forskel fra de fly, som både klageren og Adagold-Inversija i øvrigt tilbød, kunne flyene transportere outsized cargo. Vedrørende flyenes muligheder blev det oplyst:

»Both aircraft are fitted with 48 seats. It is possible to operate the aircraft in one direction as a freighter and carry the seats for installation at the destination returning as a pax/combi. Seating is in blocks of 12.
...«

Under pkt. E. »Environment« var det anført, at flyene opfyldte »stage II Aircraft Noise Standards«.

Følgende fremgår endvidere af pkt. 1.4. »Summary of technical proposal«:

»...

These aircraft are owned and operated by a Latvian Company Inversija Airlines. The aircraft have been certified by the Ilushyn Design Bureau and approved by the Latvian CAA to operate as Combi aircraft and are European registered, meeting JAR Ops certification. Seating is in blocks of twelve (12) with a nine G cargo restraint between the pax and the cargo, i.e. 24 passengers with two sea containers. ...

...

Aircraft Noise Standards:

The IL76 aircraft operated by Inversija Airlines do not meet Stage three Aircraft Noise Standards. Effective January 2009 Adagold are able to offer the DAF a Stage IV (MNPS compliant) IL76 freighter for ad-hoc operations into any destination in Europe where these Aircraft Noise Standards are enforced. Max payload is 50t and fuel consumption reduced by 15 % over the IL76T variant.

Inversija Airlines are currently negotiating to secure an IL76 MF (stage IV compliant) aircraft from the Ilushyn Design Bureau. With assistance and cooperation of the Latvian CAA we believe that this aircraft could be available in eighteen months to the DAF for military operations. Maximum payload 60t. Stage IV compliant.

...«

Der var ikke i tilbuddet en løsning vedrørende selvbeskyttelse på nogen af de tilbudte fly. Det fremgår, at Adagold-Inversija havde oplyst, at indklagede kunne installere selvbeskyttelse på flyene for indklagedes egen regning.

Aircharter Internationals andet tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity« er ikke fremlagt under klagesagen.

9. Indklagedes evaluering af tilbuddene på både delaftalen om »Broker service« og delaftalen om »Air Lift Capacity«

a. Delaftalen om »Broker service«

Ved e-mail af 25. november 2009 meddelte indklagede tilbudsgiverne, at de indleverede tilbud alle var konditionsmæssige, og at indklagede havde besluttet at tildele kontrakten til Avico UK and Ireland Limited. Af et notat af 15. oktober 2008 vedrørende evaluering af tilbuddene på delaftalen om »Broker service« fremgår:

»1. Formål

...

2. Tilbud

...

3. Evaluering

...

4. Cimber Air

A. Effektivitet.

Cimber har i forbindelse med deres tilbud ikke anført nogen beskrivelse af virksomhedens kapacitet eller erfaring med at drive brokervirksomhed, og er ej heller kommet med nogle løsningsmodeller i forhold til sikring af det bedst mulige salg, hvorfor virksomheden kun har scoret 1 point på hvert af de to områder.

B. Pris

Cimbers honorar i forbindelse med løsning af brokeropgaven er anført til 10 % af det samlede salg samt et fast månedligt honorar på 34.000 €. Dette honorar ligger væsentligt over hvad der ved udbudsmaterialets udarbejdelse blev forudsat samt også lidt over nogle af de honorarer vi i dag betaler i forsvaret for brokerydelser hentet på markedet. Virksomheden har derfor scoret 2 point på dette delområde.

...

Samlet pointscore bliver således 1,4.

5. Avico UK and Ireland Limited

A. Effektivitet.

God erfaring fra denne form for ydelse. Meget stabil virksomhed økonomisk. De stiller således garanti for alle tredjemænds betaling. Har en organisation, hvor der er mulighed for at skue på løsningen, så den løbende tilpasses forsvarets behov. Vil gerne også sikre, at Carrier overholder sine vedligeholdelsesforpligtelser m.v. i relation til flyene samt være med til at sikre, at pligtige vedligeholdelsesaktiviteter m.v. foretages i ledighedsperioder, således at man ikke mister mulig anvendelse af ledig kapacitet.

Avico er meget fokuserede på vigtigheden af en god og massiv markedsføring, og ønsker at arbejde tæt sammen med RDAF for at sikre den bedst mulige planlægning for derigennem at kunne lave den bedste og mest målrettede markedsføring og dermed optimering af mulighederne for et salg af flytimer og overskydende kapacitet. De vil ligeledes gøre eventuelle købere opmærksomme på forsvarets behov for indbygget fleksibilitet og dermed så vidt muligt på forhånd søge at afværge potentielle konflikter i relation til pludselig opståede behov for flyet fra

forsvarets side.

Avico har derfor scoret 4 point på begge delområder under effektivitet.

B. Pris

Avico udbeder sig et honorar på 1,25 % af det samlede salg. Dette honorar ligger dels væsentligt under markedspris og dels væsentligt under forventningen. Man kan derfor ikke forestille sig en billigere løsning, hvorfor Avico får 5 point for dette delområde.

...

Samlet pointscore bliver således 4,3.

6. Hunt&Palmer

A. Effektivitet.

Hunt&Palmer har god erfaring og et bredt netværk de kan anvende i løsningen af opgaven. Netværket er primært forankret i forretningsverdenen. Har et par lignende kontrakter på nuværende tidspunkt. De er i øvrigt vant til at indhente nødvendige tilladelser m.v.

Hunt&Palmer vil sætte minimum en dedikeret fly-operationsleder på hvert projekt.

Der vil blive etableret website adgang for operatører og kunder, således at der altid er adgang til at se ledig kapacitet. Der vil endvidere blive udsendt ugentlige nyhedsbreve »updates« omkring hvad der er ledigt på markedet netop nu.

På baggrund af ovenstående har virksomheden scoret 4 point på kapacitet og kvalifikationer og 3 point på området for forslåede initiativer for optimering af salg.

B. Pris

Hunt&Palmer har tilbudt en meget billig pris: 3 % af det samlede salg, men den er set billigere hvorfor de scorer 4 point på dette delområde.

...

Samlet pointscore bliver således 3,7.

7. Anbefaling

På baggrund af ovenstående, skal det anbefales, at Avico Ireland and UK Limited til dels kontrakten på brokerydelsen.«

På klagerens foranledning sendte indklagede i medfør af Udbudsdirektivets artikel 41 den 7. januar 2009 pr. e-mail en uddybende begrundelse for, hvorfor det ikke var klageren, men derimod Avico UK and Ireland Limited indklagede vurderede havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede anførte, at klageren i modsætning til Avico UK and Ireland Li-

mitted ikke i forhold til underkriteriet 1. »Effectiveness«, havde givet en egentlig beskrivelse af, hvordan klageren ville løse den udbudte opgave, herunder fremkommet med forslag til, hvorledes klageren ville fremme salget af overskydende timer, holde kontakt til markedet, markedsføre og koordinere. Klagerens pris var endvidere meget højere end de to andre tilbudsgiveres pris.

b. Delaftalen om »Air Lift Capacity«

Ved e-mail af 25. november 2008 til klageren meddelte indklagede, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt. Begrundelsen var følgende:

»...

After a thorough examination of all three tenderers for Carrier Contract, we realized, that only one tender met the requirements.

Thus, we are sorry to inform you that we have had to disqualify your tender due to the fact that your tender did not contain a verified solution consistent with the requirements in the tender material for transporting outsized cargo, and further did not contain a price for transporting outsized cargo. On these grounds, Defence Command Denmark has not been able to take your tender into consideration.

For your information, the winning tenderer was a consortium consisting of the companies Adagold Aviation and Inversija.

...«

Indklagede meddelte samme dag Adagold-Inversija og Aircharter International, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med Adagold-Inversija.

Af et notat af 26. november 2008 fra et telefonmøde mellem repræsentanter for indklagede og repræsentanter for klageren fremgår, at indklagede uddybede, at klagerens tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity« var vurderet som ukonditionsmæssigt, fordi det ikke indeholdt et fast tilbud på transport af outsized cargo. Dette kunne ikke løses ved ad hoc chartring af egnede fly, når indklagedes udbud vedrørte fuldtidschartring. Der var bl.a. ikke udfyldt et »Aircraft Specific Questionnaire« på det fly, som klageren påregnede skulle transportere outsized cargo.

Ved en e-mail af 26. november 2008 meddelte klageren, at selskabet ikke

kunne acceptere, at tilbuddet på delaftalen om »Air Lift Capacity« ikke blev taget i betragtning. Klageren anførte, at det af tilbuddet fremgik, at der, i det omfang den tilbudte Boeing 737-700 ikke var egnet, f.eks. til outsized cargo, som supplement ville blive chartret fly fra andre operatører. Det blev også påpeget, at det fremgik af tilbuddet, at timeprisen var anført til 3.980 euro ved ad hoc chartre. Endelig blev det anført, at det fremgik af tilbuddet, at klageren havde indledt forhandlinger med Inversija i Letland som underleverandør vedrørende transport af outsized cargo. Det var på denne baggrund klagerens opfattelse, at tilbuddet opfyldte udbudsbetingelserne, idet det bl.a. blev anført:

»...We have also chosen to solve the outsized cargo demand with the additional aircraft as there is no demand in the Requirements Specification that the outsized cargo shall be handled by one of the full time chartered aircraft.«

Ved e-mail af 27. november 2008 til klageren meddelte indklagede:

»We have read your mails thoroughly, and after careful consideration as well as consultation with the official Legal Advise to the Danish Government, the conclusion is that your tender will be evaluated in full and in accordance with the laid down standard evaluation procedures.«

Klagerens tilbud blev således alligevel taget i betragtning.

Af en redegørelse af 28. november 2008 fra indklagede vedrørende tilbuds-evalueringerne i Projekt LARK fremgår:

»...

1. Formål

...

2. Baggrund

...

3. Første evaluering

...

Evalueringen foregik ved, at alle evaluatører fik udleveret en mappe der indeholdt en evalueringsvejledning, de tekniske specifikationer, tildelingskriterierne, evalueringsskemaer samt de tre individuelle tilbud.

Evalueringsskemaet var baseret på en pointgivning baseret på opfyldel-

sesgraden af hvert enkelt kriterium og underkriterium oplistet i de samlede tildelingskriterier. Ud over tildeling af point på skalaen 1-5, skulle der anføres en begrundelse for hver enkelt pointgivning.

Evalueringsteamet blev vejledt omkring formen denne evaluering skulle foretages under, og gik herefter i gang med at evaluere tilbuddene.

Efter en gennemgang af Cimbers tilbud, blev det konkluderet, at dette var ukonditionsmæssigt idet de ikke havde tilbudt en fast løsning på transport af outsized cargo, men derimod havde tilbudt en løsning, der indebar indhentning af en kapacitet til outsized cargo fra gang til gang. Herudover kunne evalueringsgruppen ikke finde en pris for denne løsning.

For så vidt angår tilbuddet fra såvel Adagold som Aircharter International var der forståelsesspørgsmål, der gav anledning til, at der blev stillet opklarende spørgsmål. ...

Det viste sig efterfølgende, at tilbuddet fra Aircharter International ikke var konditionsmæssigt, hvorfor resultatet var evident. ...

...

3.1. Tilbuddet fra Adagold/Inversija.

Adagolds tilbud bestod af et fly af typen Boeing 737-300QC (Quick Change) som kan anvendes til PAX samt til palleteret cargo samt 2 stk. Ilushin76 T, der anvendes til transport af outsized cargo.

Herudover har de tilbudt et fly af typen Boeing 737-300 Freighter, en Boeing 737-700QC fra ca. 18 måneder efter kontraktstart (forudsat at kontraktstart er 1.1-09) samt en Ilyushin76 Freighter stage IV (klar fra januar 2009) til udførelse af de efterspurgte ad hoc opgaver samt som supplement til de dedikerede IL76 T i de tilfælde, hvor et Stage II fly ikke kan anvendes.

Endvidere er der tilbudt mulighed for at kunne substituere den tilbudte B737-300QC med den fabriksnye B737-700QC når den er klar samt at udskift den ene af de to Stage II Ilyushin76 med en fabriksny Stage IV Ilyushin76 MF ca. 18 måneder efter kontraktstart.

Samlet set scorede Adagold 3,34 point (på en 1-5 skala). Nedenfor er anført de primære begrundelser for hvert enkelt kriterium:

...

4. Anden evaluering

På baggrund af den første evaluering, blev der den 25. november 2008 sendt besked ud til alle tre tilbudsgivere, der oplyste navnet på vinderen af kontrakten samt en begrundelse for de individuelle afgørelser. Be-

grundelsen i begge afslag (Cimber Air og Aircharter International) var, at de ikke var konditionsmæssige.

...

... Efter en gennemgang af indsigelserne samt efter konsultation af Kammeradvokaten, blev det konkluderet, at det rigtigste ville være at give Cimbers tilbud en evaluering svarende til den Adagold havde fået.

...

Den fornyede evaluering blev gennemført med det samme evaluerings-team som under første evaluering. Evalueringen fandt sted den 28. november 2008.

4.1. Tilbuddet fra Cimber Air.

Cimbers tilbud bestod af et fly af typen Boeing 737-700W som er en ren PAX maskine, samt en Boeing 737-300QC (Quick Change) som kan anvendes til PAX samt til palleteret cargo og som var tiltænkt at skulle supplere førstnævnte fly. Herudover blev det i tilbuddet anført, at transport af outsized cargo skulle klares fra gang til gang ved chartring af kapacitet »on a case-by-case basis«.

Herudover er det i Cimbers tilbud tanken, at man fleksibelt kan indsætte andre flytyper fra Cimbers flyflåde hvis situationen gør, at det er den bedste løsning ...

Samlet set scorede Cimber 2,25 point (på en 1-5 skala). Nedenfor er anført de primære begrundelser for hvert kriterium:

1. Ability – 55 %

...

2. Pris – 30 %

Pointgennemsnit: 2.

De tilbudte priser i Cimbers tilbud er:

Boeing 737-700W, 3000 flyvetimer pr. år	988.000 € pr. md.
Svarende til ca.	7,4 mio. kr. pr. md.

Boeing 737-300QC, op til 3000 flyvetimer pr. år	248.900 € pr. md.
Svarende til ca.	1,8 mio. kr. pr. md.

Ad hoc IL76, samlet 2200 flyvetimer pr. år á 3980 € pr. bloktime	729.666 € pr. md.
Svarende til ca.	5,5 mio. kr. pr. md.

Samlet udgifter pr. år	23.598.792 € pr. år
------------------------	---------------------

Svarende til ca.	177 mio. kr. pr. år.
------------------	----------------------

Retfærdigvis skal det hævdes, at såfremt forsvaret købte 3000 flyvetimer med B737-700W ville der ikke blive anvendt flyvetimer på 737-300QC, hvorfor den samlede udgift pr. år ville blive som følger:

Boeing 737-700W, 3000 flyvetimer pr. år	988.000 € pr. md.
Svarende til ca.	7,4 mio. kr. pr. md.

Ad hoc IL76, samlet 2200 flyvetimer pr. år á 3980 € pr. bloktime	729.666 € pr. md.
Svarende til ca.	5,5 mio. kr. pr. md.

Samlet udgift pr. år	20.611.992 € pr. år
Svarende til ca.	155 mio. kr. pr. år.

Primære begrundelser:

- Dyrere end spotmarkedet, og ca. ... kr. dyrere pr. md. end Adagold, hvorfor det blev karakter der indikere »mindre grad af målopfyldelse«

...

5. Konklusion

På baggrund af ovenstående ændrer den fornyede evaluering ikke på resultatet fra første evalueringsrunde.

Det er evident, at en af de bærende årsager til, at Adagold/Inversija fortsat vinder er, at der ikke er givet ret mange oplysninger på det tilsyneladende rimelig faste fly til outsized cargo. Idet oplysningerne ikke fremgår af Cimbers tilbud, kan generelle og, på nuværende tidspunkt kendte, oplysninger ikke lægges til grund, idet der ikke må lægges noget til grund, som ikke fremgår af det indsendte tilbud.

...«

Af et notat af 3. december 2008, der var udarbejdet som et beslutningsoplæg for forsvarets øverste ledelse fra Forsvarskommandoen, Strategisk Driftsudviklingssekretariat, vedrørende projekt LARK, fremgår følgende:

»...

1. Indledning

...

2. Tilbudsevaluering

...

Resultatet af den gennemførte evaluering er sammenfattet i skemaet herunder. ...

Kriterier/tilbudsgivere	Adagold/Inversija	Cimber	Point
Ability (vægt 55 %)	Dækker størstedelen af forsvarets fulde behov. 100 % forsyningssikkerhed, fleksibel i anvendelsen, i stand til at beflyve alle primærdestinationer undtagen Narsarsuaq.	Ingen fast løsning på outsized cargo, hvilket giver en meget usikker løsning. Ej heller oplysninger om fast leverandør eller specifikke oplysninger om flyet. God på PAX og palletteret cargo.	Adagold: 3,45 Cimber: 2,30
Pris (vægt 30 %)	Lavere end spotmarkedspriser. Billigere end Cimber ...	Dyrere end spotmarkedet og ... dyrere pr. måned end Adagolds tilbud	Adagold: 3,70 Cimber: 3,47
Organisation og kvalitet af ydelser (vægt 10 %)	Rigtig god og velovervejet beskrivelse. God koordination. Nøglepersoner og fly stationeret i Karup.	God og troværdig løsning. Nøglepersoner både i Karup og Sønderborg. Fly både i Karup og Billund. Operatør på IL 76 ikke identificerbar.	Adagold: 3,67 Cimber: 2,83
Miljø (vægt 5 %)	Langsigtet god og holdbar løsning der sikrer, at vi er i stand til at flyve, også hvis miljøkravene skærpes.	Fin løsning på PAX og palletteret cargo med hhv. et stage IV og et stage III fly. Intet vides om løsning på outsized cargo, og der foreligger ingen plan for hvordan fremtidige skærper af miljøkrav skal håndteres for denne flytype.	Adagold: 3,0 Cimber: 2,0
Konklusion	Det økonomisk mest fordelagtige tilbud henset til forsyningsikkerheden, kapabiliteten af de tilbudte fly, fleksibiliteten, den markant lavere pris samt muligheden for at opfylde de stadig strengere miljøkrav, der bliver stillet fra EU's side.	Falder primært på løsningen af transport for outsized cargo. Meget usikkert med gang-til-gang løsning. Ikke forsyningssikkerhed eller fleksibilitet. Er endvidere en meget dyr løsning for en mindre god opgaveløsning.	Adagold: 3,35 Cimber: 2,35

Som det fremgår, falder evalueringen entydigt ud til konsortiet Adagold/Inversija fordel. Bag de ovenfor overordnede termer ligger et detaljeret grundlag fra hver enkelt evaluator, som ud over en prosabeskrivelse af målopfyldelsesgraden bag hvert kriterium er suppleret med et kontrolpoint. På en veldefineret skala fra 1-5, hvor 1 udtrykker ringe grad af målopfyldelse, og 5 udtrykker størst mulig grad af målopfyldelse, har konsortiet Adagold/Inversija opnået karakteren 3,35. Cimber har tilsvarende opnået karakteren 2,35.

Cimber forslag kommer til kort primært på en manglende sikret adgang til transport af Outsized Cargo. Det slår igennem på flere områder, idet der er tale om ca. 80 % af forsvarets samlede behov. ...

...

I forhold til selvbeskyttelse indgår dette ikke i nogle af de to tilbud. Det er imidlertid såvel FTK og FMT vurdering, at det vil være muligt at etablere et aktivt selvbeskyttelsessystem på den faste PAX maskine, hvis dette prioriteres på rette sted, principielt uanset valg af leverandør. Cimber er marginalt længere fremme med de nødvendige sonderinger end Adagold, men det vil i begge tilfælde være forsvaret, der skal finansiere og installere en selvbeskyttelsesløsning.

Om end det ikke direkte har været en del af den gennemførte evaluering, skal det vedr. selvbeskyttelse bemærkes, at Adagolds løsning vil indebære en bedre sikring af vore soldater. Den allerede forstærkede bund i den tilbudte Boeing 737-300QC yder bedre beskyttelse end de fly, som vi i dag betjener os af – uanset om det er på spotmarkedet eller via Pegasus. En egen kapacitet giver endvidere mulighed for at sikre bunden yderligere med fx kevlar-måtter, som kan være mere eller mindre flytbare/faste. ...

...

7. Konklusion og anbefaling

På baggrund af de foretagne vurderinger konkluderes, at tilbuddet fra konsortiet Adagold/Inversija er det økonomisk mest fordelagtige, dels henset til forsyningssikkerheden, kapabiliteten af de tilbudte fly, fleksibiliteten og dels i forhold til den markant lavere pris samt muligheden for at opfylde de stadig strengere miljøkrav der bliver stillet fra EU's side.

Det anbefales derfor, at kontrakt indgås med konsortiet Adagold/Inversija, dog med forbehold for politisk godkendelse, således som det også er angivet i udbudsbekendtgørelsen. ...«

Klagenævnet anmodede efter mødet den 22. juni 2009, hvor klagen blev behandlet, indklagede om vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« nærmere at redegøre for sammenhængen mellem de tildelte point for hvert af underkriterierne, vægtningen af de enkelte underkriterier og den samlede pointscore. Indklagede har herefter udarbejdet og fremsendt følgende »Redegørelse for den gennemførte evaluering af tilbuddene«:

»Evalueringen af tilbuddene fra Adagold Aviation og Cimber Air blev gennemført af en til formålet nedsat evalueringsgruppe bestående af

seks medlemmer med repræsentation fra henholdsvis Flyvetaktisk Kommando og Forsvarskommandoen. ...

...

Evalueringen foregik som en hemmelig og individuel evaluering af hvert tilbud.

For hvert kriterium har hver evaluator foretaget en vurdering af de enkelte tilbudselementer i forhold til de fastlagte tildelingskriterier og har for hvert element (kort) beskrevet sit indtryk og vurdering i evalueringsskemaet. Efter den skriftlige vurdering af hvert enkelt element har evaluatoren, til brug for en efterfølgende intern kontrolberegning af tilbudsgivningen, tildelt et point for dette element på en skala fra 1-5, hvor 5 er udtryk for den største mulige grad af målopfyldelse, 4 er udtryk for målopfyldelse over middel, 3 er udtryk for middel målopfyldelse, 2 er udtryk for mindre grad af målopfyldelse mens 1 er udtryk for ringe grad af målopfyldelse i forhold til, hvad der ville kunne opnås på markedet.

Alle medlemmerne af evalueringsgruppen fik inden påbegyndelse af evalueringen en mundtlig vejledning i dels, at evalueringen først skulle beskrives og dernæst gives en pointscore, samt i, hvad de forskellige scores 1-5 var udtryk for ...

Herudover skal det understreges, at evaluatorene, i overensstemmelse med vejledning og instruks for evalueringen, ikke har talt sammen under evalueringen, ligesom der på ingen måde er foregået en afstemning eller ensretning af resultaterne. Dette har afspejlet sig i en faktisk (om end begrænset) spredning af evalueringen i forhold til flere af tildelingskriterierne.

Efter afslutningen af evalueringen er skemaerne samlet ind og resultaterne blev gennemgået og herefter blev de tildelt pointscores indtastet i vedlagte kontrolskema.

På baggrund af evalueringen og på trods af forskelle i evalueringen af visse tildelingskriterier var det klart evalueringsgruppens opfattelse, at Adagolds tilbud, teknisk og fagligt set, samlet havde klaret sig væsentligt bedre end Cimbers tilbud. Da Cimbers pristilbud desuden var klart dyrere end Adagolds pristilbud var det evalueringsgruppens opfattelse, at Adagolds tilbud samlet set var det økonomisk mest fordelagtige.

...

Forsvarskommandoen har – som nævnt til kontrol af de afgivne individuelle vurderinger – efterfølgende foretaget en kontrolberegning på basis af de afgivne point ...

En udskrift af den gennemførte kontrolberegning for hvert tilbud ved-

lægges. Det skal hertil bemærkes, at der i evalueringsskemaerne under 1. Ability er 8 underpunkter der skal evalueres og pointgives. I kontrolskemaet er der derimod kun 7 underpunkter. Dette skyldes, at punkt 1.6 [I stand til at flyve og lande i arktiske områder såvel som i lande med høje temperaturer] og 1.7 [I stand til at lande på gruslandingsbane] er lagt sammen idet de begge omhandler landingsmuligheder og i øvrigt har haft samme vægt.

De fastsatte tildelingskriterier og vægtningen af kriterier var som følger:

...

Kontrolberegningen er foretaget ved, at den opnåede pointsum for hvert kriterium (summen af de seks individuelt tildelte point for hver kriterium) er ganget med de enkelte fastlagte tildelingsvægte.

Som det fremgår af det vedlagte kontrolberegningsskema er underkriterierne i overensstemmelse med de fastlagte udbudsbetingelser, under henholdsvis »Ability« og »Organisation og kvalitet af ydelser« oplistet i prioriteret rækkefølge. Med henblik på kontrolberegningens formål er underkriterierne tilsvarende tildelt et sæt vægte som blev udarbejdet allerede inden udsendelse af udbudsmaterialet (uden hvilke en kontrolberegning (på underkriterie-niveau) ikke ville kunne gennemføres).

I kontrolberegningen indgår også de afgivne pristilbud. Kontrolberegningen er gennemført ved at tildele tilbuddet med den laveste pris et højere point, og tilsvarende at tildele et lavere point for tilbuddet med den højeste pris. Da Cimber Airs pristilbud var klart højere end Adagolds har Adagolds tilbud på dette område klaret sig bedre end tilbuddet fra Cimber Air.

I de udleverede kontrolberegningsskemaer er Adagold tildelt 3 point for tildelingskriteriet pris, mens Cimber Air er tildelt 2 point.

Det skal endvidere bemærkes, at Aircharter International opnåede karakteren 4 for prisen. Det viste sig så efterfølgende at deres tilbud var ukonditionsmæssigt, men under evalueringen indgik tilbuddet som anført tidligere på lige vilkår med de øvrige tilbud.

Det skal anføres, at forskellen i prisevalueringen på de tre tilbud er begrundet i den relativt markante forskel på de tre tilbudte priser. Således var Adagolds tilbud markant billigere end Cimbers ligesom Aircharter Internationals tilbud prismæssigt var langt bedre end Adagolds.

Resultatet for den gennemførte kontrolberegning er, at den gennemførte vurdering af Adagolds tilbud som det samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud, fuldt ud har kunnet bekræftes. Det skal dog hertil bemærkes, at udfaldet af evalueringen i lang tid stod tæt mellem Adagold og Aircharter International hvilket ligeledes kan ses ud af den endelige

Points											
	Eval. 1	Eval. 2	Eval. 3	Eval. 4	Eval. 5	Eval. 6	Simpel Point- sum	Vægt %	Vægtet point	Samlet Vægtet Point	
Ability	55										
1.1.	1	2	3	4	2	3	15	35	5,25		
1.2.	1	1	2	3	1	1	9	25	2,25		
1.3.	1	2	3	1	3	3	13	13	1,69		
1.4.	5	4	3	4	3	4	23	10	2,3		
1.5.	3	3	2	3	3	1	15	7	1,05		
1.6.	3	3	3	3	4	3	19	2,5	0,475		
1.7.	1	1	1	1	1	1	6	2,5	0,15		
1.8.	3	2	3	2	1	2	13	5	0,65		
SUM	100									13,82	7,60
Organisa- tion og kvalitet af ydelser	10										
3.1.	3	2	4	5	3	3	20	40	8,00		
3.2.	4	3	4	3	4	4	22	40	8,80		
3.3.	3	3	4	4	3	3	20	20	4,00		
SUM	100									20,80	2,08
Miljø	5										
4.1.	3	2	3	3	3	3	17	100	17,00	0,85	
Teknisk/ faglig point										10,53	
Teknisk/ faglig score	2,51										
Priser	30										
ACMI 5.200 t.	2	2	2	2	2	2	12	100	12,00		
Prispoint										12,00	3,60
Point i alt									63,62	14,13	
Samlet score										2,35	

Kontrolskemaet for tilbuddet fra Adagold-Inversija – dateret 18. november 2008 – indeholder følgende:

Points										
	Eval. 1	Eval. 2	Eval. 3	Eval. 4	Eval. 5	Eval. 6	Simpel Point- sum	Vægt %	Vægtet point	Samlet Vægtet Point
Ability	55									
1.1.	5	4	4	4	4	4	25	35	8,75	
1.2.	4	5	4	3	4	4	24	25	6	
1.3.	1	1	1	1	1	1	6	13	0,78	
1.4.	5	4	4	3	3	4	23	10	2,3	
1.5.	3	3	3	3	3	3	18	7	1,26	
1.6.	4	4	4	3	4	2	21	2,5	0,525	
1.7.	5	4	4	5	4	4	26	2,5	0,65	
1.8.	1	2	1	2	1	2	9	5	0,45	
SUM	100								20,72	11,39
Organisa- tion og kvalitet af ydelser	10									
3.1.	4	4	4	4	4	3	23	40	9,20	
3.2.	4	4	3	4	3	4	22	40	8,80	
3.3.	4	4	3	4	3	3	21	20	4,20	
SUM	100								22,20	2,22
Miljø	5									
4.1.	4	4	4	3	3	4	22	100	22,00	1,10
Teknisk/ faglig point										14,71
Teknisk/ faglig score	3,50									
Priser	30									
ACMI 5.200 t.	3	3	3	3	3	3	18	100	18,00	
Prispoint									18,00	5,40
Point i alt									82,92	20,11
Samlet score										3,35

Ved e-mail af 19. december 2008 meddelte indklagede, at kontrakten ville blive tildelt Adagold-Inversija, som havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ved e-mail af den 7. januar 2009 uddybende indklagede i medfør af Ud-

budsdirektivets artikel 41, hvorfor det ikke var klageren, men derimod Adagold-Inversija indklagede vurderede havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede understregede vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« bl.a., at udgangspunktet for udbuddet udtrykkeligt var, at forsvaret ønskede at fuldtidschartre flykapacitet for dels at sikre, at forsvarets behov for lufttransport til enhver tid kan imødekommes, dels at tilvejebringe en kapacitet, som tillige kan stilles til rådighed for det danske forsvars samarbejdspartnere. Det blev anført, at disse krav ikke kan opfyldes ved en ad hoc baseret løsning som tilbudt af klageren vedrørende outsized cargo. Det blev endvidere oplyst, at de fly, som Adagold-Inversija har tilbudt, opfylder stage III og IV Aircraft Noise Standards. De tilbudte fly er dog pt. stage III (B737-300QC) og stage II (IL76T), men der blev inden for fastsatte tidsrum i løbet af kontraktperioden tilbudt en mulighed for at ombytte de eksisterende fly med fabriksnye fly, der for både Boeing 737-300QC og IL76 opfylder stage IV.

10. Øvrige oplysninger

Der er ikke mellem parterne enighed om, hvorvidt et fly af typen Boeing 737-300QC uden last har en »range« på 3.000 nm, herunder om fremlagte oplysninger fra Boeing-fabrikkerne dokumenterer det ene eller det andet standpunkt.

Der er enighed mellem parterne om, at en Boeing 737-300QC ikke kan lande på »gravel runways«.

Af en udtalelse af 31. marts 2009 fra Flyfabrikkerne S.V. Ilyushin, som fremstiller IL76, fremgår, at der ikke er bygget IL76 T (TD) i passager-/fragt-konfiguration. En ombygning af et IL76 T (TD) fragtfly til et passager-/fragtfly er en væsentlig ændring, som medfører videreudvikling på basisflyet og nødvendige test samt udarbejdelse af tilladelse til brug efter modtagelse af afgørelse fra de russiske luftfartsmyndigheder. Flyfabrikken har dog i en udtalelse af 19. juni 2009 til indklagede oplyst, at fabrikken den 20. januar 1993 udsendte »Temporary change No 49« til »the Air Manual for the Il-76TD«, som tillod, at der kunne transporteres op til 75 passagerer i afsnittet for cargo, hvis det nødvendige antal iltflasker og nødudstyr er til stede. Inversija, Letland, er ikke underlagt de russiske luftfartsmyndigheder.

digheder. De lettiske luftfartsmyndigheder har »entered an addition into the operator certificate of the air company which allowed for the transportation of 48 escorts with the cargo«.

Indklagede har oplyst, at det efter indgåelsen af kontrakten med Adagold-Inversija har været nødvendigt at udskifte det tilbudte fly af typen Boeing 737-300QC. Det er oplyst, at det tilbudte fly blev stillet til rådighed af en underleverandør, som måtte indstille betalingerne, og at denne underleverandør havde chartret flyet af en anden underleverandør (under-underleverandør). Adagold-Inversija har valgt det danske selskab Danish Air Transport A/S som ny underleverandør. Danish Air Transport A/S kunne som udgangspunkt have chartret den oprindelig påtænkte Boeing 737-300QC, men på grund af konkurrencemæssige forhold måtte dette fly ikke stilles til rådighed for Avico UK and Ireland Limited med henblik på salg af overskydende kapacitet. Boeing 737-300QC flyet er derfor blevet udskiftet med et fly af typen MD83. Udskiftningen af flyet har efter det oplyste kun medført marginale ændringer i kontrakten, idet det nye fly fuldt ud kan erstatte det tidligere tilbudte fly. Flyet opfylder samtlige krav i kontrakten. Det har en større »range« og er miljømæssigt bedre, idet det er et stage IV-fly. Flyet kan dog kun anvendes til PAX, hvilket har medført, at al cargo – både palleteret og outsized – transporteres med IL76 flyene. Det er oplyst, at indklagede har opnået en samlet yderligere besparelse på 300.000 euro pr. år ved den nye løsning.

Klageren har – i overensstemmelse med det, som blev oplyst under forhandlingsmødet med indklagede den 24. oktober 2008 – fastholdt, at klageren havde en mundtlig aftale med Inversija Ltd. om at stille fly af typen IL76 til rådighed for klageren til transport af outsized cargo, hvis klageren og ikke Adagold-Inversija fik tildelt kontrakten vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«.

B. Erklæringer og forklaringer

Der er til brug for sagen afgivet erklæringer af president & CEO Jørgen Nielsen, Cimber Air A/S, oberstløjtnant Alan Kiilerich, Forsvarskommandoen, generaldirektør Efim Bruks, Inversija Ltd., og direktør for marketing og salg Viktor Shumskij, Inversija Ltd.

Der er under forhandlingen i Klagenævnet afgivet forklaring af direktør

Alex Dyrgaard, Cimber Air A/S, program manager Michael Fleischer, Cimber Air A/S, og oberstløjtnant Alan Kiilerich.

Af erklæringen fra president & CEO Jørgen Nielsen, Cimber Air A/S, fremgår, at han og Michael Fleischer deltog i et møde hos den lettiske virksomhed Inversija i Riga den 4. september 2008. Formålet med mødet var at drøfte et samarbejde mellem Inversija og Cimber Air i forbindelse med Forsvarskommandoens LARK-udbud. Inversija var ikke umiddelbart villig til at indgå en skriftlig underleverandøraftale, idet Inversija havde bundet sig til at deltage i udbuddet i et konsortium med den australske brokervirksomhed Adagold Aviation. Inversija tilkendegav dog klart, at hvis Cimber Air måtte vinde udbuddet, ville Inversijas forpligtelser over for Adagold være af en ganske anden karakter. Inversija afgav en meget klar mundtlig erklæring om, at hvis de omhandlede IL76 fly ikke skulle bruges til at opfylde kontrakten sammen med Adagold, ville Inversija være villig til at stille flyene til rådighed for Cimber Air i hele kontraktperioden. Der ville være tale om en såkaldt ad hoc chartring, hvor Inversija tilkendegav, at der altid ville være et IL76 fly ledigt til brug for Cimber Air/Forsvarskommandoen. Efter mødet var Cimber Air ikke i tvivl om, at der var indgået en aftale, og Cimber Air forventede naturligvis, at denne ville blive overholdt, uanset at den ikke var skriftlig. Cimber Air har desuden sådanne kontakter i markedet, at selskabet anså det for muligt at fremskaffe tilsvarende fly fra andre leverandører, hvis Inversija mod forventning ikke kunne levere eller – mere sandsynligt – gik konkurs. Inversijas repræsentanter tilbød gentagne gange Cimber Air at opkøbe virksomheden. Dette var naturligvis også en måde at sikre sig adgang til IL76 flyene på. At Inversija også anså aftalen for forpligtende, bekræftes af det faktum, at Inversija oplyste en fast pris for ad hoc chartring af det pågældende IL76 fly. Prisen blev senere bekræftet af Inversijas repræsentant i Danmark Viktor Shumskij i en telefonsamtale med Alex Dyrgaard den 3. november 2008.

Af en fælles erklæring fra generaldirektør Efim Bruks og direktør for marketing og salg Viktor Shumskij, Inversija Ltd., fremgår følgende:

»With respect to the letter, signed by Jørgen Nielsen, President and CEO of Cimber Air we ... would like to make the following statement.

From the very beginning of the contacts with Cimber Air concerning the LARK tender (September 08) Inversija has always been making it very clear, that they would be participating in the tender only with their

Australian partner - »Adagold Aviation« and at no time Inversija allow Cimber Air to use Inversija's name in their tender documents, or passed over to Cimber Air any technical or commercial information required by the tender conditions. If Cimber Air still did it, it constitutes an offence.

Cimber Air statement concerning some »verbal declaration or even verbal agreement« reached between Inversija and Cimber Air with respect to LARK is absolutely incorrect, because on the 4th of September the exchange of views touched not only the LARK tender, but also usual ad-hoc charters (outside LARK), which Cimber Air (like any other customer) might ask Inversija to quote on. Inversija confirmed to Cimber Air at that it would be prepared to quote on specific ad-hoc charters, subject the aircraft availability (to reject the offer for work in any case would be not logical). To give Cimber Air an idea of how much such charters might cost Inversija handed over to Cimber Air their standard ACMI rates and conditions. We strongly declare that these rates and conditions applied only for non war risk areas ad-hoc charters and not to LARK tender.

Later in September, when Adagold Aviation made substantial investments into Inversija to finance the prolongation of the airworthiness certificates of its airplanes and overhaul of engines, Inversija informed Cimber Air (see attached e-mail, sent to Cimber Air on the 17th of September), that from now on all exclusive rights for the usage of Inversija airplanes (even for ad-hoc charters) belongs to Adagold Aviation until the time the investments are repaid back.

We do confirm, that some time in late January 09 (not in November!) Viktor Shumskij received a call from a Cimber representative, who attempted to find out whether Inversija would still be ready to start working with Cimber Air, instead of Adagold Aviation (there was no talk about any rates!) This attempt was backed up by the statement that Cimber Air will definitely win the tender. The answer given to Cimber Air was, that in case Cimber really wins and Adagold Aviation and Inversija lose the tender there is always a chance to reach a mutually beneficial agreement, which is to be negotiated between the parties, who participated in the tender. I, Viktor Shumskij, declined to give a written confirmation of this statement only due to the fact that it involved the other party, that is Adagold Aviation.

The consequent meeting held in Riga in February between Inversija and Mr. Fleischer was recorded on the tape (with Mr. Fleischer's consent). On the question whether Inversija would be prepared to start operating ad-hoc flights within LARK project with Cimber Air the Inversija answer was that such an offer is not acceptable for the airline. Cimber Air

commented that they have already initiated court proceedings and in future will approach the Parliament Commission and attract broad public attention to the situation with LARK contract.

Later as we all know Cimber Air undertook numerous attempts to discredit Inversija Airlines Operational and technical ability to fulfill the LARK contract obligations.«

I erklæringen fra Efims Bruks og Viktor Shumskij henvises til en e-mail af 17. september 2008. Af e-mailen, som er sendt til Benjamin Nielsen, Cimber Air A/S, fremgår:

»...

Unfortunately we must to inform you we unable to offer to your company our aircraft. This situation is because we have recieved first transfer from Adagold Aviation for our aircraft airworthiness certificate prolongation and engines repair. In accordance of this all exclusive rights to operate our aircraft belongs to Adagold Aviation till we'll pay out these investiotions.

But as we said you earlier in case Cimber Air buy 100 % shares of Inversia you can operate our aircraft in accordance with your plans and agreement between Inversia and Adagold should not be in force.

...«

Af erklæringen fra oberstløjtnant Alan Kiilerich, Forsvarskommandoen, fremgår, at han var formand for den styregruppe i Forsvarskommandoen, som stod for udbuddet. Indtil den 1. april 2009 var han tillige chef for Strategisk Driftsudviklingssekretariat i Forsvarskommandoen, som varetager strategiske indkøb, omstillingsopgaver mv. med det formål at opnå besparelser og effektiviseringer i forswarets opgaveløsning. Baggrunden for udbuddet af strategisk lufttransportkapacitet (projekt LARK) var en løsning af både politiske og operationelle behov. Den grundlæggende forskel mellem strategisk lufttransport og taktisk lufttransport er, at strategisk lufttransport bruges bl.a. til de »lange stræk« mellem to forholdsvis sikre lufthavne og ikke flyver ind i taktiske områder. Passagerer/gods omlastes i den nærmeste »sikre« lufthavn til taktisk lufttransport med forswarets eller samarbejdspartneres taktiske fly, f.eks. Herkules eller (teoretisk) C17. Flyvninger til f.eks. Kabul eller Bagdad er således strategiske, hvorimod den videre transport frem til indsatsområderne er taktisk. Dette aflaster forswarets begrænsede lufttransportkapacitet, således at den fortrinsvis kan bruges til taktiske opgaver, som den er specielt egnet og udrustet til. Forsvarsministeriet meldte sig ud af det såkaldte SAC-samarbejde i NATO-regi om tilvejebringelse

af strategisk lufttransport med C17, som er store – og tilsvarende dyre - militære transportmaskiner, og tilkendegav, at Danmark selv ville tilvejebringe egen adgang til strategisk lufttransportkapacitet og også stille denne til rådighed for NATO-partnere. Strategisk lufttransportkapacitet er en grundlæggende mangelvare på verdensmarkedet og i NATO-alliancen, særligt når der opstår akut eller omfattende behov ved krig, humanitære katastrofer mv. Det var derfor afgørende for forsvaret, at strategisk lufttransportkapacitet blev tilvejebragt som fuldtidschartring af fly med fuld råderet for forsvaret til at disponere over disse. Forsvaret ønskede således ikke længere at være henvist til ad hoc chartring af luftkapacitet i spotmarkedet. Han besluttede, at LARK projektet skulle udbydes efter EU's udbudsdirektiv, selvom opgaven formentlig kunne have været undtaget efter EF-Traktatens artikel 296. Forsvarets behov blev opgjort til fuldtidschartring af et fly svarende til op til 3.000 timer, hvilket nogenlunde svarer til, hvad et fly gennemsnitligt kan producere pr. år, idet der dog er betydelige typeafhængige og individuelle forskelle. Hvis forsvaret således havde kunnet opnå fuldtidschartring af ét fly, der kunne løfte både PAX og cargo, herunder primært outsized cargo, som udgør ca. 80 % af cargo-behovet, ville fuldtidschartring af dette fly i princippet kunne have opfyldt forsvarets behov. Forsvarets succeskriterier var således en fuldtidschartring, altså en fast løsning, som omfattede alle forsvarets strategiske lufttransportbehov, dvs. både passagerer og cargo, herunder outsized cargo. Løsningen skulle forsvaret selv kunne disponere over, ligesom forsvaret skulle have adgang til at stille overskudskapacitet til rådighed for samarbejdspartnere eller gennem en broker at sælge denne. Formålet var ikke i første omgang at opnå besparelser, men derimod at etablere en fast løsning og dermed sikkerhed for opfyldelse af forsvarets behov for strategisk lufttransport. Han besluttede, at der kun skulle være et begrænset antal mindstekrav. Baggrunden for mindstekravet om en range på 3.000 nm var, at et tomt fly, stationeret i f.eks. Karup, i en ekstrem situation skulle kunne afgang straks og flyve non-stop til f.eks. Kabul, hvor det efter en kort optankning ville kunne bringe soldater eller andre, der skulle evakueres, i sikkerhed i nærmeste sikre naboland. 3.000 nm svarer ca. til afstanden mellem Karup og flere af de aktuelle indsatsområder. I andre situationer end ekstreme foretages på lange flyvninger, f.eks. til Kabul, teknisk stop (optankning) typisk i Tyrkiet. Dette er også forudsat i udbudsmaterialet. Da udbuddet overgik til udbud med forhandling, fordi ingen af de tre tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity« var konditionsmæssige, blev der sammensat et forhandlingsteam bestående af jurist Anja Piening, Bjarne Madsen, major Kern Oddershede, specialkonsulent Per Coulet og ham selv.

Forhandlingsteamet deltog i møderne med hver af de tre tilbudsgivere. På møderne opstod der spørgsmål, som krævede yderligere oplysninger, og disse blev sendt pr. e-mail til alle tre tilbudsgivere. Under forhandlingen med Cimber Air bekræftede selskabets repræsentanter, at de var enige i, at Cimber Airs første tilbud ikke havde været konditionsmæssigt. Beslutningen om tildeling af kontrakterne skulle træffes af en styregruppe bestående af ham som formand og oberst Steen Hartov fra FTK. Til at gennemføre tilbudsevalueringen blev der nedsat en evalueringsgruppe ledet af projektleder Anja Piening. Efter indstilling fra evalueringsgruppen var det hans opfattelse, at Cimber Airs tilbud ikke var konditionsmæssigt, og det blev derfor ikke evalueret i første omgang. Den 26. november 2008, dagen efter at Cimber Air havde fået meddelelse om, at kontrakten vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« ville blive tildelt konsortiet Adagold-Inversija, kontaktede han telefonisk Cimber Air for at følge op på meddelelsen om, at tilbuddet havde været ukonditionsmæssigt. Cimber Air oplyste, at Forsvarskommandoens forståelse af Cimber Airs tilbud ikke var rigtig, og efter at have drøftet spørgsmålet med Kammeradvokaten, konkluderede han, at det ikke med sikkerhed kunne udelukkes, at Cimber Airs tilbud alligevel var konditionsmæssigt. Det blev derfor evalueret på samme måde som de øvrige tilbud.

Direktør Alex Dyrgaard, Cimber Air A/S, har forklaret, at han var ansvarlig for klagerens afgivelse af tilbud på de to delaftaler, og han skulle således dels stå for struktureringen af tilbuddene, dels sikre, at alt gik rigtigt for sig. Der blev nedsat en arbejdsgruppe i virksomheden, hvor bl.a. Michael Fleischer deltog. Udbudsmaterialet blev drøftet, og det var vanskeligt at se, hvad volumen var i udbuddet. Der var anført et årligt antal flyvetimer på 3.000 og transport af 10.000 PAX. Det var ikke anført, hvor mange fly der skulle løse opgaven med transport af 10.000 PAX. Passagermæssigt var det en lille opgave for klageren, men der skulle desuden transporteres 3.000 tons cargo. Konklusionen blev, at opgaven skulle løses med flere fly, og det var opfattelsen, at dette kunne ske ved både fuldtidschartring og ad hoc chartring. Der skulle indgås faste aftaler om ad hoc chartring til transport af bl.a. outsized cargo. Det ville således være klagerens risiko, hvis ad hoc chartring blev dyrere end forudsat. Behovet på 3.000 flyvetimer, som indklagede anførte i udbudsbekendtgørelsen, opfattede klageren som et maksimum og ikke som 3.000 flyvetimer pr. tilbudte fly. Indklagede oplyste endvidere, at flyet skulle have en »range« på 3.000 nm ved en last på 10.000 tons. De oprindeligt tilbudte fly – Boeing 737-700 med Airbus 319-

100 som alternativ – var de eneste fly, der opfyldte alle de absolutte krav, som indklagede havde opstillet. Ved forhandlingen med indklagede, krævede indklagede en fast løsning på outsized cargo. Klageren fastholdt ved det andet tilbud Boeing 737-700 flyet for at opfylde kravet om en »range« på 3.000 nm, men tilbød en Boeing 737-300 QC som løsning på cargo. Begge fly kan producere mindst 3.000 flyvetimer pr. år. Vedrørende transport af outsized cargo benyttede klageren adgangen i udbudsbetingelserne til ad hoc chartring. Klageren ville indgå aftale med en fast leverandør. Under forhandlingsmødet den 24. oktober 2008 ville indklagede have bekræftet prisen for en IL76. Han kontaktede den 3. november 2008 Viktor Shumskij, hvilket han har noteret i sin kalender. Han fik bekræftet, at Inversija ville flyve for klageren, hvis klageren vandt udbuddet. Prisen for ad hoc chartring af en IL76 svarede til markedsprisen. Det var ikke muligt at få en skriftlig aftale, idet Inversija deltog i udbuddet i et konsortium med Adagold. Hvis det endte med, at Inversija ikke ville eller kunne stille flyet til rådighed, var der andre flyselskaber, som klageren kunne indgå aftale med. Klageren tog ikke forbehold for prisen for ad hoc chartring og var derfor bundet af den angivne pris. En MD83 kan kun flyve med PAX og bruger meget brændstof. Det fremgik ikke af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, at tilbuddene ville blive evalueret på 5.200 flyvetimer. 3.000 flyvetimer var det maksimale. Det er rigtigt, at klageren i sit tilbud anførte, at Boeing 737-300QC flyet havde en »range« på 3.000 nm. Dette er dog ikke muligt med last.

Program manager Michael Fleischer, Cimber Air A/S, har forklaret, at han er tidligere oberst i flyvevåbnet. Han blev pensioneret som 60-årig og blev ansat hos klageren i 2008. Ved udarbejdelsen af klagerens tilbud skulle han udvælge de fly, der var egnede til at løse opgaven. Nogle af de absolutte krav, som fremgik af udbudsbetingelserne, overraskede ham, idet soldaternes sikkerhed efter hans opfattelse havde en for ringe prioritering. Til løsning af transport af palleteret cargo tilbød klageren en Boeing 737-300QC, mens en IL76 skulle transportere, hvad der var derudover. Hvis Inversija ikke ville levere en IL76, var der mange andre flyselskaber, klageren kunne rette henvendelse til. Han vurderer, at der er ca. 15 andre operatører på markedet, som har en IL76, der vil kunne chartres. En del af de andre flyselskaber har dog væsentlige sikkerhedsmangler. Han deltog i et møde hos Inversija den 4. september 2008. Mødet foregik i al venskabelighed, og Inversija ville gerne samarbejde. Der kunne dog ikke indgås en skriftlig aftale, idet Inversija havde et samarbejde med Adagold. Det var ham, der stod

for at undersøge muligheden for at erhverve selvbeskyttelsessystemet Matador. Matador-systemet er velegnet til at beskytte mod jord-til-luft missiler, også selvom det er et ældre system. Kevlarmåtter beskytter PAX mod skud fra håndholdte våben, men da er flyet ramt. Det er ikke den slags beskyttelse, der er behov for. Lufthavnene er beskyttede, så det er ikke sandsynligt, at nogen kan komme så tæt på et fly, at de kan ramme det med håndholdte våben. Det realistiske er, at der vil blive affyret jord-til-luft missiler mod flyet op til 4 km fra lufthavnen. Det vil koste ca. \$ 3,8 mio. at udstyre de 2 tilbudte Boeing-fly med Matador-systemet. Det er ikke realistisk at tro, at amerikanerne, som skal levere systemet, vil acceptere, at det bliver monteret sat på en IL76.

Oberstløjtnant Alan Kiilerich har i forhold til sin erklæring supplerende forklaret, at hvis der i markedet var et fly, som kunne flyve både PAX og cargo, herunder outsized cargo, ville forsvaret være dækket ind ved 3.000 flyvetimer årligt med det ene fly. Indklagede ville dog ikke presse tilbudsgiverne til en bestemt løsning. Hvis løsningen var 2 fly, ville et samlet time-tal på 3.000 være for lidt. Kravet om en »range« på 3.000 nm var til den ekstreme situation, f.eks. ved en eventuel evakuering, hvor PAX hurtigt skal hentes fra et krigsområde. Under normale omstændigheder er der tekniske stop, hvilket vil sige optankninger. Han deltog i evalueringen af priserne i tilbuddene. Han besluttede ved klagerens tilbud at se bort fra prisen på en Boeing 737-300QC. Hvis dette fly kunne have »stået alene«, ville han have set bort fra Boeing 737-700 flyet. Det var et krav, at der var tale om fuldtidschartre. Der blev derfor evalueret på 5.200 flyvetimer. Flyene i både tilbuddet fra Adagold-Inversija og tilbuddet fra klageren kunne samlet producere 5.200 timer. Indklagede skulle betale for fuldtidschartre, og 5.200 timer var det optimale for indklagede. Antallet af timer stammer ikke fra Adagold-Inversijas tilbud. Det er kun ved beregningen af prisen, at de 5.200 timer er anvendt. Klagerens tilbud var ikke prismæssigt attraktivt, og da der ikke var en sikker adgang til transport af outsized cargo, var tilbuddet ikke antageligt. Han ved ikke, om der blev foretaget en ny evaluering af tilbuddet fra Adagold-Inversija, da Boeing 737-300QC blev udskiftet med MD83. På det tidspunkt var han fratrådt Strategisk Driftsudviklingssekretariat i Forsvarskommandoen. Han kan ikke sige, om et MD83 er et stage III eller IV-fly. De oplysninger, som en tilbudsgiver afgiver, lægges normalt til grund, medmindre det er åbenbart, at oplysningerne er forkerte. En MD83 har et større fuelforbrug end Boeing 737-300QC, men flyet har andre fordele. Det afgørende for indklagede er den samlede pris. Han ved ikke, om en

MD83 har en »range« på 3.000 nm. Der er ikke tale om, at delkriteriet til underkriteriet »Ability« om fleksibel kabine er et »ja« eller et »nej«. Graden af fleksibilitet kan være større eller mindre. Klageren fik en god vurdering vedrørende selvbeskyttelsesudstyr. Havde klageren haft en egentlig bindende aftale med leverandøren af Matador-systemet, ville klageren have fået bedre karakter for denne del af sit tilbud.

C. Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagedes evalueringsmodel var uigennemsigtig og uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ved mange af delkriterierne til underkriteriet 1. »Ability« kunne spørgsmålet, om de tilbudte fly opfyldte disse, besvares med et »ja« eller et »nej«, og det er derfor ikke muligt at anvende et pointsystem ved evalueringen. Det er i strid med gennemsigtighedsprincippet, at indklagede ikke havde fastsat en objektiv evaluering vedrørende de delkriterier, som skulle besvares med »ja« eller »nej«. Det har reelt været overladt til de enkelte medlemmer af evalueringsgruppen at vurdere tilbuddene i forhold til delkriterierne, og resultatet er derfor blevet tilfældigt. Vedrørende underkriteriet 2. »Price« har klageren gjort gældende, at anvendelsen af en pointskala fra 1-5 er ulovlig. To tilbud, hvor priserne ligger 10 % fra hinanden, skal enten have samme point eller forskellige point. Hvis de tildeles forskellige point bliver forskellen mindst 20 % (f.eks. forskellen mellem 5 og 4 point). Både tildeling af samme point til to tilbud, som prismæssigt er forskellige, og tildeling af point, som medfører en større forskel end prisforskellen berettiger til, er ulovlig. Evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet 2. »Price« var endvidere i strid med gennemsigtighedsprincippet, idet det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, at evalueringen ikke ville ske i forhold til det faktiske behov for flyvninger. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at antallet af årlige flyvetimer var 3.000. Indklagede har dog evalueret tilbuddene i forhold til 5.200 flyvetimer. Indklagede har således evalueret tilbuddene i forhold til et behov på 2.200 timer for de tilbudte IL76 fly, selvom det fremgår af udbudsbetingelserne, at kun $\frac{1}{3}$ af flyvningerne vedrørte out-sized cargo. Vedrørende underkriteriet 4. »Environment« har klageren gjort gældende, at det ved evaluering af tilbuddene var uigennemsigtigt, hvor mange point der skulle tildeles, hvis et tilbud fly opfyldte eller ikke opfyldte

stage III eller stage IV i »Aircraft Noise Standards«.

Indklagede har i først række gjort gældende, at indklagede ikke var forpligtet til at foretage en evaluering af tilbuddene, idet der kun blev afgivet et konditionsmæssigt tilbud, nemlig fra Adagold-Inversija. Tilbuddet fra klageren blev kun taget i betragtning, fordi klageren oplyste, at »ad hoc« flyvninger ikke indebar, at indklagede ikke kunne få det antal flyvetimer, der var behov for. Klageren henviste i den forbindelse til, at klageren havde indgået en mundtlig aftale med Inversija om transport af outsized cargo. Sagen har dog vist, at klageren aldrig har haft en aftale med Inversija, og klagerens tilbud var derfor ukonditionsmæssigt, idet klagerens tilbud ikke indeholdt en løsning med fuldtidschartring af fly til transport af outsized cargo.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagede ikke ved evalueringen af tilbuddene har anvendt en model, som var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede har, som det fremgår af udbudsbetingelserne, anført delkriterierne i prioriteret rækkefølge. Indklagede evaluerede tilbuddene i overensstemmelse med den udarbejdede vejledning, hvilket også er beskrevet i notatet om tilbudsevalueringen af 3. december 2008. Evalueringen er gennemført som en begrundet vurdering af, hvilket tilbud der var det økonomisk mest fordelagtige inden for rammerne af underkriterierne. Pointene i den interne evaluering var ikke styrende for evalueringen, idet de alene skulle anvendes til at skabe internt overblik over og efterkontrol af evalueringsgruppens arbejde. Evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet 2. »Price« blev baseret på et skøn over, hvad fuldtidschartring ville medføre i flyvetimer pr. år. Indklagede har evalueret på 5.200 timer, idet fuldtidschartring af fly til både PAX flyvninger og flyvninger med outsized cargo og almindelig cargo tilsammen giver et behov på 5.200 timer pr. år for den tilbudte kapacitet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede har foretaget en betydelig sammenblanding af udvælgelseskriterier og tildelingskriterier. Samtlige delkriterier til underkriterierne 1. »Ability« og 4. »Environment« er udvælgelseskriterier, idet de har karakter af tekniske minimumskrav, som ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. »Ability«, som må oversættes med »egnethed« eller »formåen«, er notorisk et udvælgel-

seskriterium, uanset om egnethed eller formåen relaterer sig til tilbudsgiverne eller de tilbudte fly, jf. også Udbudsdirektivets artikel 48, stk. 2.

Indklagede har i først række gjort gældende, at klageren ikke afgav et konditionsmæssigt tilbud, og indklagede var derfor ikke forpligtet til at foretage en evaluering af tilbuddene, jf. indklagedes anbringende i første række ad påstand 1.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at underkriterierne 1. »Ability« og 4. »Environment« var lovlige og ikke i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Indklagede har evalueret den tilbudte løsning, herunder de tilbudte flys egnethed eller formåen til at løse den udbudte opgave, som var fuldtidschartering af fly til strategisk transport af PAX og cargo, herunder outsized cargo. Ingen af underkriterierne vedrører tilbudsgivernes egnethed til generelt at udføre lufttransportopgaver. Der er således ikke tale om udvælgelseskriterier.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet 2. »Price« har været i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Ved det først udbud, dvs. før overgangen til udbud med forhandling, stillede indklagede krav om, at tilbudsgiverne skulle udfylde eksempler med priser for en række situationer og på forskellige ruter. Dette medførte en høj grad af tilfældighed. Hvis en tilbudsgiver ikke kunne flyve til en bestemt destination, skulle eksemplet ikke udfyldes, idet der ikke var krav om, at tilbudsgiverne skulle udfylde alle de opstillede eksempler. Efter overgangen til udbud med forhandling udgik kravet om udfyldelse af priseksempler på diverse ruter, og indklagede krævede i stedet en række prisoplysninger og oplysninger om brændstofforbrug. Der skete dog ingen reel ændring, og indklagede kunne ikke anvende oplysningerne til at evaluere tilbuddene.

Indklagede har i først række gjort gældende, at klageren ikke afgav et konditionsmæssigt tilbud, og indklagede var derfor ikke forpligtet til at foretage en evaluering af tilbuddene, jf. indklagedes anbringende i første række ad påstand 1.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at den anvendte model for

evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet 2. »Price« var lovlig. Kravet i udbudsbetingelserne om anvendelse af priseksempler udgik ved overgangen til udbud med forhandling.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at der ikke ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet 4. »Environment« var grundlag for at bedømme klagerens tilbud dårligere end tilbuddet fra Adagold-Inversija. Klageren tilbød en Boeing 737-700W med stage IV Aircraft Noise Standard, en Boeing 737-300QC med stage III og en IL76 med stage II. Adagold-Inversija tilbød en Boeing 737-300QC med stage III Aircraft Noise Standard og 2 stk. IL76 med stage II. Klagerens og Adagold-Inversijas tilbud var således identiske vedrørende Boeing 737-300QC og IL76 flyene, mens klagerens tilbud var det eneste, der indeholdt fly med stage IV Aircraft Noise Standard. Klagerens tilbud var derfor bedre end tilbuddet fra Adagold-Inversija på underkriteriet 4. »Environment«. Det er i strid med ligebehandlingsprincippet, at indklagede gav tilbuddet fra Adagold-Inversija en positiv vurdering vedrørende 2 IL76 MF fly, som endnu ikke er produceret. Det var derfor ikke lovligt at tage dem i betragtning.

Indklagede har i først række gjort gældende, at klageren ikke afgav et konditionsmæssigt tilbud, og indklagede var derfor ikke forpligtet til at foretage en evaluering af tilbuddene, jf. indklagedes anbringende i første række ad påstand 1.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagede foretog et lovligt skøn ved evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet 4. »Environment«. Den primære årsag til, at klagerens tilbud blev vurderet til at være dårligere end tilbuddet fra Adagold-Inversija, er, at klageren ikke oplyste miljøstandarden på det IL76 fly, som blev tilbudt chartret ad hoc. Evalueringen af tilbuddet fra Adagold-Inversija i forhold til underkriteriet 4. »Environment« er baseret på bl.a. oplysningerne i tilbuddet om opgradering af de tilbudte fly af typen IL76.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage tilbuddet fra Ada-

gold-Inversija i betragtning, selv om indklagede vidste, at dette tilbud indeholdt forkerte oplysninger og ulovlige løsninger på den udbudte opgave. En ordregiver skal ikke kontrollere alle detaljer i et tilbud, men løsninger, som fremstår urealistiske eller mistænkelige, skal kontrolleres, navnlig når to tilbudsgivere afgiver modstridende oplysninger om samme forhold. Det er forkert, når det i tilbuddet fra Adagold-Inversija anføres, at en IL76 ikke er afhængig af særlig »ground support«, og dette må have stået indklagede klart, uanset om der flyves med palleteret cargo eller outsized cargo. Det er også forkert, når indklagede ved vurdering af tilbuddet fra Adagold-Inversija har lagt vægt på, at begge flytyper – Boeing 737-300QC og IL76 – kan lande på »gravel runways«. Dette er en Boeing 737-300QC ikke i stand til. Delkriteriet er et af i alt 8 delkriterier til underkriteriet 1. »Ability«, der vægtes 55 %, så det må have haft en betydning ved evalueringen. Indklagede har endvidere vurderet, at der som selvbeskyttelse kan indlægges kevlarmåtter i de tilbudte fly fra Adagold-Inversija, selv om Adagold-Inversija ikke har tilbudt noget selvbeskyttelsessystem, og selv om kevlarmåtter ikke yder nogen nævneværdig eller tilstrækkelig beskyttelse. Det fremgår ikke af tilbuddet fra Adagold-Inversija, at konsortiet havde et Supplementary Technical Certificate (STC), som tillader montering af kevlarmåtter. Det er endvidere ikke tilladt, som anført af Adagold-Inversija, at flyve med PAX og cargo samtidig. Der findes EU-regler på området for civil luftfart, som et civilt luftfartsselskab som Inversija er bundet af. Indklagede burde have været opmærksom på de gældende regler og skulle derfor ikke have vurderet tilbuddet fra Adagold-Inversija positivt vedrørende oplysningen om, at IL76 flyene kunne transportere PAX og cargo samtidig.

Indklagede har i først række gjort gældende, at klageren ikke afgav et konditionsmæssigt tilbud, og indklagede var derfor ikke forpligtet til at foretage en evaluering af tilbuddene, jf. indklagedes anbringende i første række ad påstand 1.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at kontrollere eller verificere de oplysninger, som klageren eller Adagold-Inversija gav i tilbuddene. Det bestrides, at tilbuddet fra Adagold-Inversija indeholdt fejl eller mangler udover en oplysning om, at en Boeing 737-300QC kan starte og lande på »gravel runways«. Indklagede havde kun en forpligtelse til at kontrollere oplysninger, hvis det var åbenbart, at de ikke var rigtige. IL76 flyene er designet til at kunne laste og losse uden sær-

ligt hjælpeudstyr. Bl.a. kan almindelige køretøjer som lastbiler og gaffeltrucks, som findes på alle landingspladser, anvendes til de opgaver. Kevlar-måtter – som er en kendt teknik - yder god beskyttelse ved strategiske flyvninger, modsat ved taktiske flyvninger. Adagold-Inversija havde ikke tilbudt et specifikt selvbeskyttelsessystem, men konsortiet gav tilladelse til, at indklagede installerede sine egne systemer. Ingen af tilbudsgiverne havde således installeret selvbeskyttelsesudstyr i flyene. På grund af de undersøgelser, som klageren havde foretaget vedrørende Matador-systemet, blev klagerens tilbud vurderet bedre end tilbuddet fra Adagold-Inversija på dette punkt. Da IL76 flyene skal anvendes til militære formål, er det lovligt at transportere PAX og cargo samtidig. Når der er tale om militære formål, vil flyet modtaget et militært »call sign«, og dets status overgår fra civilt til at være et »state aircraft«.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling ved at tage tilbuddet fra konsortiet Adagold-Inversija i betragtning, selv om tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Adagold-Inversija anførte i sit tilbud, at den tilbudte Boeing 737-300QC har en »range« på mindst 3.000 nm, når det er tomt, mens den er 1.800 nm, når flyet er lastet. Indklagede har under udbuddet besvaret et spørgsmål (spørgsmål 3.e)) om, at den mindste lastevægt ved opfyldelse af kravet om en »range« på 3.000 nm er 10.000 kg. Adagold-Inversija har endvidere anført, at IL76 flyene har en »range« på 3.000 nm. Konsortiet har dog selv anført, at flyene ved fuld last kun har en »range« på 1.350 nm. Det eneste af de tilbudte fly, som opfyldte kravet om en »range« på 3.000 nm, var klagerens Boeing 737-700W. Minimumskravet om en »range« på 3.000 nm non-stop må forstås således, at mindst et af de tilbudte fly skulle kunne opfylde kravet. Der er ikke i udbudsbetingelserne støtte for, at det er i tom tilstand, at flyet skal kunne flyve 3.000 nm non-stop. En Boeing 737-300QC har ifølge Boeing-fabrikerne en »range« på 2.692 nm.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddet fra Adagold-Inversija var konditionsmæssigt. De tilbudte fly opfylder udbuddets mindstekrav vedrørende en »range« på 3.000 nm. Der er ikke i udbudsbetingelserne grundlag for at antage, at kravet om en »range« på 3.000 nm skal være opfyldt ved maksimal last. Det bestrides, at en Boeing 737-300QC kun har en »range« på 2.692 nm. Indklagede er endvidere ikke forpligtet til at kontrollere de op-

lysninger, som tilbudsgiverne fremkommer med i tilbuddene, medmindre det er åbenbart, at der er tale om urigtige oplysninger.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed ved overvejende at have vurderet klagerens tilbud negativt i forhold til delkriteriet »Equipped with self protection equipment in connection with personnel transport« til underkriteriet 1. »Ability«, selv om tilbuddet indeholdt en tilstrækkelig og optimal løsning vedrørende selvbeskyttelse. Klageren var blevet godkendt til at modtage Matador-systemet, som er den for tiden bedste løsning til selvbeskyttelse mod den relevante trussel – jord-til-luft missiler. Indklagede burde enten have givet klagerens tilbud den dårligst mulige vurdering (1 point), hvis indklagede lagde til grund, at klageren ikke havde rådighed over Matador-systemet, eller have givet den bedst mulige vurdering (5 point), hvis indklagede lagde til grund, at klageren havde adgang til systemet og ret til at installere det. Indklagede kunne ikke – ved vurderingen af tilbuddet i forhold til underkriteriet 1. »Ability« - lægge vægt på prisen for Matador-systemet. Dette burde i givet fald indgå ved vurderingen af tilbuddet i forhold til underkriteriet 2. »Price«.

Indklagede har i første række gjort gældende, at klageren ikke afgav et konditionsmæssigt tilbud, og indklagede var derfor ikke forpligtet til at foretage en evaluering af tilbuddene, jf. indklagedes anbringende i første række ad påstand 1.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagede ikke har foretaget et ulovligt skøn ved evalueringen af klagerens tilbud i forhold til delkriteriet om selvbeskyttelse. Tilbuddet fra Adagold-Inversija fik en dårlig evaluering i forhold til delkriteriet om selvbeskyttelse, mens klagerens fik en god, men ikke den bedste, evaluering. Hvis klageren havde tilbudt fly med selvbeskyttelse og ikke kun tilvejebragt en begrundet formodning for, at indklagede for egen regning kunne installere et selvbeskyttelsessystem i de tilbudte fly, ville klageren have opnået en bedre evaluering.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed ved overvejende at have vurderet klagerens tilbud negativt i forhold til delkriteriet »Equipped with self protection equipment in connection with personnel transport« til underkriteriet 1. »Ability«, selv om tilbuddet indeholdt en tilstrækkelig og optimal løsning vedrørende selvbeskyttelse. Klageren var blevet godkendt til at modtage Matador-systemet, som er den for tiden bedste løsning til selvbeskyttelse mod den relevante trussel – jord-til-luft missiler. Indklagede burde enten have givet klagerens tilbud den dårligst mulige vurdering (1 point), hvis indklagede lagde til grund, at klageren ikke havde rådighed over Matador-systemet, eller have givet den bedst mulige vurdering (5 point), hvis indklagede lagde til grund, at klageren havde adgang til systemet og ret til at installere det. Indklagede kunne ikke – ved vurderingen af tilbuddet i forhold til underkriteriet 1. »Ability« - lægge vægt på prisen for Matador-systemet. Dette burde i givet fald indgå ved vurderingen af tilbuddet i forhold til underkriteriet 2. »Price«.

pet om ligebehandling ved at have bistået Adagold-Inversija med at udarbejde tilbuddet og ved at have tilrettelagt evalueringen af tilbuddene til fordel for Adagold-Inversija. Indklagede valgte efter forhandlingen med Adagold-Inversija at fjerne kravet om priseksempler i udbudsbetingelserne, hvilket var til konsortiets fordel. Det var også i strid med princippet om ligebehandling, at indklagede under forhandlingerne med Adagold-Inversija oplyste, at IL76 flyene kunne lande i Camp Bastion, og at indklagede ville skaffe Adagold-Inversija mere detaljerede oplysninger om landingsbanen i Camp Bastion. Endelig lovede indklagede Adagold-Inversija at undersøge, om besætningen på flyene fra Adagold-Inversija skulle have dansk militært ID for at udføre opgaver i Danmark. Adagold-Inversija fik som følge af det anførte en række konkurrencefordele.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med princippet om ligebehandling. Forhandlingerne blev gennemført ens for de 3 tilbudsgivere, og de fik alle de samme oplysninger. Adagold-Inversija har således ikke haft fordele i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Det var indklagede egen beslutning at fjerne kravet om priseksempler i udbudsbetingelserne og i stedet stille krav om at opføre brændstofforbruget på en række ruter. Oplysningen til Adagold-Inversija om landingsbanen i Camp Bastion, der i øvrigt også blev sendt til de andre tilbudsgivere ved en e-mail af 10. november 2008, var ikke en væsentlig ændring af de oprindelige udbudsbetingelser. Endelig ville der have været tale om diskrimination af en udenlandsk tilbudsgiver, som ikke kunne forventes at have kendskab til de danske forhold, hvis ikke indklagede havde undersøgt, om Adagold-Inversijas besætning skulle have militært ID for at udføre opgaver i Danmark. Oplysningerne vedrørende de danske regler om militært ID blev ikke sendt til klageren, idet dette blev anset for unødvendigt.

Ad påstand 9 og 10

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at have evalueret tilbuddene i forhold til underkriterierne i overensstemmelse med den vægtning, som er fastsat i udbudsbetingelserne. Det fremgår ikke af redegørelsen af 28. november 2008 vedrørende tilbudsevalueringerne i Projekt LARK eller af notatet af 3. december 2008 vedrørende tilbudsevalueringerne i Projekt LARK, hvordan indklagede når frem til, at klagerens tilbud opnår 2,25 eller 2,35 point, mens tilbuddet fra Adagold-Inversija opnår 3,34 eller 3,35

point, og indklagede har ikke under sagen redegjort nærmere for pointene. Det må herefter lægges til grund, at indklagede ikke har vægtet underkriterierne i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Klageren har endvidere gjort gældende, at det heller ikke af redegørelsen eller notatet vedrørende tilbudsevalueringerne fremgår, at indklagede vægtede delkriterierne i prioriteret rækkefølge. Det må derfor lægges til grund, at indklagede ikke anvendte den evalueringsmodel, som fremgår af udbudsbetingelserne.

Indklagede har i første række gjort gældende, at klageren ikke afgav et konditionsmæssigt tilbud, og indklagede var derfor ikke forpligtet til at foretage en evaluering af tilbuddene, jf. indklagedes anbringende i første række ad påstand 1.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagede kun har anvendt en pointmodel ved den interne kontrol af tilbudsevalueringen. Tilbuddene blev evalueret i overensstemmelse med indklagedes vejledning, og der blev ikke anvendt point ved den endelige evaluering af tilbuddene.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i forbindelse med vurderingen af klagerens tilbud i forhold til underkriterierne at have vurderet dette negativt som følge af, at der i klagerens tilbud var en ad hoc løsning på flytransport af »outsized cargo«, selv om indklagede havde accepteret denne løsning ved at tage klagerens tilbud i betragtning og ikke afvise det som ukonditionsmæssigt. Da indklagede således valgte at tage tilbuddet i betragtning, kunne indklagede ikke, som det er sket, gentagne gange evaluere klagerens tilbud negativt i forhold til underkriterierne med den begrundelse, at der kun var tilbudt ad hoc chartring af fly til transport af outsized cargo. Indklagedes tilbudsevaluering har derfor været fejlbehæftet. Derimod skulle prisen for ad hoc chartring indgå ved evalueringen af tilbuddet i forhold til underkriteriet 2. »Price«, hvilket også skete.

Indklagede har i først række gjort gældende, at klageren ikke afgav et konditionsmæssigt tilbud, og indklagede var derfor ikke forpligtet til at foretage en evaluering af tilbuddene, jf. indklagedes anbringende i første række ad

påstand 1.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at det er klagerens egen risiko, at klageren valgte ikke at give oplysninger vedrørende et af de fly, som klageren tilbød som en del af sit tilbud. Klagerens tilbud på den del af opgavebeskrivelsen, som vedrørte transport af outsized cargo, indeholdt kun én oplysning, nemlig timeprisen for ad hoc chartering af fly til transport af outsized cargo. Indklagede kunne derfor kun evaluere klagerens tilbud i forhold til underkriteriet 1. »Price« og ikke de andre underkriterier. Indklagede kunne ikke automatisk give klagerens tilbud samme evaluering som tilbuddet fra en af de andre tilbudsgivere, fordi klagerens løsning muligvis var den samme, nemlig anvendelsen af en IL76. En ordregiver skal ikke selv indlægge oplysninger i et tilbud.

Ad påstand 12

Klageren har gjort gældende, at indklagede har vurderet klagerens tilbud forkert i forhold til underkriteriet 2. »Price«. Efter udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne ville antallet af flyvetimer blive 3.000, og da antallet naturligvis ikke ville blive større, selv om der blev tilbudt to fly, var det muligt for klageren at anvende den samme besætning på både Boeing 737-700W flyet og 737-300QC flyet. Prisen for 737-700W flyet indeholdt derfor udgifterne til besætning, mens prisen for den ekstra – og billigere – Boeing 737-300QC ikke blev tillagt udgifter til besætning. Indklagede valgte imidlertid at lade den betydeligt billigere Boeing 737-300QC helt udgå ved vurderingen af prisen, og klagerens tilbud blev derved vurderet langt dyrere, end det burde have været. Indklagede burde – for at gøre det muligt at sammenligne tilbuddene fra klageren og Adagold-Inversija – have set bort fra Boeing 737-700W flyet og i stedet have evalueret de to tilbud på baggrund af de tilbudte IL76 og de tilbudte Boeing 737-300QC. Indklagede var herefter forpligtet til at søge oplysninger om, hvor meget prisen for den tilbudte Boeing 737-300QC skulle forhøjes for at tage udgiften til besætning i betragtning. Dette kunne ske ved at rette henvendelse til klageren eller skønne over udgiften. Ved at have evalueret som sket har indklagede handlet i strid med princippet om ligebehandling, idet indklagede på usaglig og ulovlig vis evaluerede de to tilbud på baggrund af forskellige forudsætninger, hvilket resulterede i, at klagerens tilbudspris blev meget høj. Det har endvidere haft en stor indflydelse på beregningen af klagerens tilbudspris, at indklagede i sin evaluering gik ud fra 5.200 flyvetimer, selv om tilbuddet

kun vedrørte 3.000 timer. Det er således i strid med oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, at indklagede tog udgangspunkt i 5.200 timer.

Indklagede har i første række gjort gældende, at klageren ikke afgav et konditionsmæssigt tilbud, og indklagede var derfor ikke forpligtet til at foretage en evaluering af tilbuddene, jf. indklagedes anbringende i første række ad påstand 1.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagede har foretaget en rigtig evaluering af klagerens tilbud i forhold til underkriteriet 2. »Price«. Evalueringen blev vanskeliggjort af, at klageren ikke havde fulgt udbudsbetingelsernes disposition ved angivelsen af prisen. Indklagede burde ikke – som anført af klageren – have ladet den løsning, som klageren selv havde anvist, udgå af evalueringen af klagerens tilbudspris. Klageren havde endvidere ikke angivet priser på den Boeing 737-300QC, som klageren ønskede, at indklagede i givet fald skulle evaluere. Det ville have været en overtrædelse af princippet om ligebehandling, hvis indklagede havde »modeleret« på klagerens tilbud.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 30 ved at overgå til udbud med forhandling, selv om betingelserne herfor ikke var opfyldt. Klagerens første tilbud var konditionsmæssigt, og betingelserne for at overgå til udbud med forhandling var derfor ikke opfyldt. Det eneste punkt i klagerens første tilbud, hvor indklagede gjorde gældende, at tilbuddet ikke var konditionsmæssigt, var vedrørende transport af outsized cargo. Dette blev ikke ændret ved klagerens andet tilbud, og indklagede accepterede, at dette tilbud var konditionsmæssigt. Klagerens første tilbud var således også konditionsmæssigt, og indklagede kunne derfor ikke overgå til udbud med forhandling. Indklagedes anbringende om, at klageren har udvist passivitet ved først under klagesagen at gøre gældende, at betingelserne for at overgå til udbud med forhandling ikke var opfyldt, har ingen relevans i en udbudssag..

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes beslutning om at overgå til udbud med forhandling var lovlig i medfør af Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, idet der ikke var afgivet forskriftsmæssige tilbud ved det be-

grænsede udbud. Klagerens første tilbud var ikke konditionsmæssigt, idet klageren afgav et tilbud, som ikke indeholdt tilbud på et af udbuddets grundlæggende elementer, nemlig fuldtidschartring af egnet fly til transport af outsized cargo, ligesom tilbuddet var uantageligt som følge af, at klageren ikke havde angivet en pris for transport af outsized cargo. Det er i den forbindelse uden betydning, at indklagede for en sikkerheds skyld - efter at have modtaget klagerens andet tilbud og klagerens efterfølgende uddybning af sit tilbud - besluttede at evaluere klagerens andet tilbud. Klageren har udvist passivitet vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for at overgå til udbud med forhandling er opfyldt, idet klageren først under klagesagen har protesteret mod, at indklagede efter at have modtaget de første tilbud vurderede, at alle tilbuddene, herunder klagerens, var ukonditionsmæssige.

Ad påstand 14

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved vedrørende delaftalen om »Broker service« at have anvendt underkriteriet 1. »Effectiveness«, selv om dette underkriterium er et udvælgelseskriterium og dermed uegnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Som delkriterium til dette underkriterium indgår alene »Capability and proposed measures to maximise the sales of excess flying hours and excess capacity for PAX or cargo«. Delkriteriet er intetsigende og uden mening. Under hensyn til, at underkriteriet vægter 60 %, har indklagede været i en situation, hvor man frit har kunnet vælge mellem tilbuddene. Indklagede har endvidere foretaget en sammenblanding af udvælgelses- og tildelingskriterier. Den del af delkriteriet, som vedrører »Capability«, der kan oversættes med evne, formåen eller egnethed, er i realiteten et forhold, som ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men som burde være indgået i forbindelse med prækvalifikationen.

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriet 1. »Effectiveness« er et lovligt underkriterium, og at det var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ved delkriteriet »Capability and proposed measures to maximise the sales of excess flying hours and excess capacity for PAX or cargo« vurderede indklagede tilbudsgivernes foreslåede løsning vedrørende formidling af salg af indklagedes overskydende flyvetimer og kapacitet. Der er ikke tale om et udvælgelseskriterium, idet indklagede ikke

vurderede tilbudsgivernes egnethed til generelt at udføre opgaven.

Ad påstand 15

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser af udbudsreglerne under påstand 1-13 hver for sig er så alvorlige, at beslutningen om at tildele kontrakten vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« til Adagold-Inversija skal annulleres. Subsidiært må de konstaterede overtrædelser tilsammen medføre, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt udbudsreglerne. Hvis Klagenævnet måtte finde, at indklagede har overtrådt de udbudsretlige regler, er der tale om utilsigtede overtrædelser af mindre væsentlig karakter, som ikke er kommet klageren til skade.

Ad påstand 16

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne under påstand 14 er så alvorlig, at beslutningen om at tildele kontrakten til Avico UK and Ireland Ltd. skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har bevist, at indklagede har overtrådt udbudsreglerne ved at tildele kontrakten til Avico UK and Ireland Limited. Eventuelle overtrædelser af udbudsreglerne har været utilsigtede og af mindre væsentlig karakter.

D. Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Indklagede har ad påstand 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11 og 12 i første række gjort gældende, at indklagede ikke var forpligtet til at foretage en evaluering af tilbuddene, idet der kun blev afgivet ét konditionsmæssigt tilbud, nemlig tilbuddet fra Adagold-Inversija. Da indklagede valgte at evaluere klagerens tilbud, og da også en klager, hvis tilbud med rette ikke er taget i betragtning, er klageberettiget, vil spørgsmålet om konditionsmæssigheden af klagerens tilbud blive behandlet under den eller de påstande, hvor det måtte være relevant.

Indklagede har fastsat 8 delkriterier til underkriteriet 1. »Ability«. Navnlig delkriterierne »Able to land on gravel runways« og »Other«, som omfatter »Airdrop capability«, »Precision Area Navigation approved (PRNAV)«, »Equipped with Tactical Air Navigation, TACAN« og »Air-to-Air tanker capacity as a provider« er kriterier, hvis opfyldelse kun kan besvares med »ja« eller »nej«, alt efter om det tilbudte fly har de egenskaber, som fremgår af disse delkriterier. Vedrørende de øvrige delkriterier har disse ikke entydigt karakter af »ja eller nej-spørgsmål«. For en del af delkriterierne støttes dette af tilbuddenes pkt. 2.1. »Aircraft Specific Questionnaire«, under pkt. B, hvor tilbudsgiverne skulle anføre en nærmere beskrivelse af, hvordan nogle af delkriterierne kunne opfyldes.

Under hensyn til, at det er en meget begrænset del af delkriterierne til underkriteriet 1. »Ability«, der må betegnes som »ja eller nej-spørgsmål«, og at disse har en begrænset vægt, jf. kontrolskemaerne af 18. og 28. november 2008, har indklagede ikke allerede som følge heraf handlet i strid med princippet om gennemsigtighed ved at have fastsat delkriterier til underkriteriet 1. »Ability« som sket.

Ifølge både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne vedrørte udbuddet fuldtidschartring af fly. Formålet med at fuldtidschartre – og ikke blot chartre ad hoc – var at sikre, at indklagede havde fly til rådighed, når der var behov for det, og at dette var til en fast pris. Indklagede ønskede således dels at have den nødvendige kapacitet til rådighed til en mere fordelagtig pris end prisen på spotmarkedet, dels uafhængighed af markedssituationen på det tidspunkt, hvor en bestemt opgave skulle udføres.

Indklagede har i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet 2. »Price« taget udgangspunkt i 5.200 årlige flyvetimer. Af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne fremgår, at en fuldtidschartring af et fly indebar op til 3.000 flyvetimer pr. år, dog mindst 1.500 timer. Tilbudsgiverne var således ikke bekendte med, at indklagede ville evaluere de tilbudte priser ud fra et timetal på i alt 5.200.

Efter forklaringen fra oberstløjtnant Alan Kiilerich lægger Klagenævnet til grund, at indklagede vurderede, at behovet – når det samlede transportbehov ikke kunne løses ved ét fly alene – var på i alt 5.200 flyvetimer. Der var tale om fuldtidschartring af det eller de tilbudte fly, og tilbudsgiverne skulle

for hvert af dem bl.a. oplyse ACMI-priser fra 1.000 til 3.000 flyvetimer pr. år. Under disse omstændigheder og sammenholdt med, at der samtidig blev udbudt en delaftale om »Broker service«, hvor den virksomhed, som indklagede indgik kontrakt med, skulle forestå salg af eventuel overskydende kapacitet i flyene og overskydende flyvetimer, har tilbudsgiverne, når tilbuddet omfattede flere fly til udførelse af den udbudte opgave, ikke kunnet påregne, at det samlede antal årlige flyvetimer ikke oversteg 3.000. Indklagede har dermed ikke handlet i strid med princippet om gennemsigtighed ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriteriet 2. »Price« at have anvendt et samlet timetal på 5.200.

Der er endvidere ikke grundlag for at konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed ved dels at evaluere tilbudspriserne i forhold til en pointskala 1-5, dels at evaluere tilbuddene i forhold til underkriteriet 4. »Environment« som sket. Det bemærkes, at tilbudsgiverne vedrørende underkriteriet 4. »Environment« skulle beskrive, hvordan de tilbudte fly kunne opgraderes fra en lavere stage i »Aircraft Noise Standards« til en højere.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Der er til underkriterierne 1. »Ability«, som kan oversættes til »egnethed« eller »formåen«, og 4. »Environment« fastsat en række delkriterier, som nærmere beskriver, hvilke egenskaber ved de tilbudte fly indklagede ville lægge vægt ved vurderingen af tilbuddene. Indklagede har således evalueret både de tilbudte flys egnethed eller formåen til at løse den udbudte opgave og flyenes miljøbelastning. På denne baggrund, og da der ikke er tale om en vurdering af tilbudsgivernes generelle evne til at gennemføre opgaven, har indklagede ikke foretaget en sammenblanding af udvælgelseskriterier og tildelingskriterier, og underkriterierne 1. »Ability« og 4. »Environment« har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

Anvendelse af prisseksempler for en række flyruter udgik af udbudsbetingel-

serne ved det fornyede udbud efter forhandling. Tilbudsgiverne skulle, udover bl.a. at oplyse de månedlige ACMI priser fra 1.000 til 3.000 flyvetimer pr. år, i stedet anføre brændstofforbruget ved flyvninger til forskellige destinationer. Forbruget skulle oplyses pr. flyvetime ved flyvning med henholdsvis tomt fly, det højeste antal PAX og den maksimale last.

Da oplysningen om det enkelte flys brændstofforbrug var nødvendigt for at kunne beregne den samlede pris for flyvninger til nogle af de vigtigste destinationer for det danske forsvar, og da oplysningerne var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har indklagede ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Efter udbudsbetingelserne skulle en tilbudsgiver udfylde »2.1. Aircraft Specific Questionnaire« for hvert af de fly, som indgik i tilbuddet.

Klagerens tilbud indeholdt oplysninger om en Boeing 737-700W og en Boeing 737-300QC. Ingen af de to fly kunne transportere outsized cargo, men det fremgik, at klageren ad hoc ville chartre fly til transport af outsized cargo, f.eks. en IL76. Der var imidlertid ikke udfyldt et »Aircraft Specific Questionnaire« for det fly, som klageren oplyste ville blive chartret ad hoc, og det fremgik således ikke, hvilken miljøstandard dette fly havde. På denne baggrund, og da indklagede ikke lovligt kan foretage en vurdering ud fra, hvad indklagede tror, er miljøstandard for et sådant fly, har indklagede ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 5

En ordregiver har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud. Hvis det er åbenbart, at oplysninger fra en tilbudsgiver er forkerte, kan det imidlertid være i strid med princippet om ligebehandling, hvis ordregiveren lægger de pågældende oplysninger til grund i sin vurdering af tilbuddet.

Vedrørende spørgsmålene om »gravel runways«, »ground support«, »self protection« og »flexibel cabin« har klageren ikke godtgjort, at de oplysninger, som Adagold-Inversija afgav, var åbenbart forkerte, og at indklagede derfor efter modtagelsen af tilbuddet fra Adagold-Inversija skulle have kontrolleret disse. Indklagede har efterfølgende erkendt, at en Boeing 737-300QC ikke kan lande på »gravel runways«, men det er ikke i øvrigt bevist, at Adagold-Inversijas oplysninger vedrørende »ground support«, »self protection« og »flexibel cabin« var forkerte.

Efter det anførte har indklagede ikke handlet i strid med princippet om ligebehandling, og Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 6

Det er i udbudsbetingelserne i pkt. 2.1. »Aircraft Specific Questionnaire« indledningsvis som et minimumskrav anført, at det tilbudte fly bl.a. skal have en »range« på mindst 3.000 nautical miles. I selve spørgeskemaet under pkt. B9. skulle tilbudsgiverne oplyse flyets »range« med »maximum payload«. Denne oplysning ville have været overflødig, hvis det måtte lægges til grund, at flyet under alle omstændigheder skulle kunne flyve 3.000 nm. Klagenævnet finder ikke, at indklagedes besvarelse af spørgsmål 2.d) og 3.e) under udbuddets »første runde« kan føre til et andet resultat.

Klagenævnet lægger derfor i overensstemmelse med forklaringen fra oberstløjtnant Alan Kiilerich til grund, at det alene var i særlige situationer, f.eks. i forbindelse med en eventuel evakuering, at flyet i tom tilstand skulle kunne komme hurtigt frem, og at det derfor skulle kunne flyve non-stop til f.eks. Kabul. Dette støttes til dels også af, at tilbudsgiverne i de eksempler på de lange flyvninger til Kabul, Kandahar og Camp Bastion, som indklagede havde anført i udbudsbetingelserne, skulle oplyse brændstofforbruget med optankning - »a technical stop« - i Ankara i Tyrkiet. Det var tilstrækkeligt, at blot et af flere tilbudte fly opfyldte kravet om en »range« på mindst 3.000 nm.

Adagold-Inversija anførte i sit tilbud, at den tilbudte Boeing 737-300QC havde en »range« på 3.000 nm, men at »range« ved fuld last var 1.800 nm. Adagold-Inversija anførte endvidere, at IL76 flyene havde en tilsvarende »range« på mindst 3.000 nm, mens de ved fuld last var 1.350 nm.

Klageren har vedrørende den tilbudte Boeing 737-700W oplyst, at den har en »range« på minimum 3.000 nm, og at »range« ved fuld last er 3.400 nm. Vedrørende den tilbudte Boeing 737-300QC, som svarede til det ene af Adagold- Inversijas fly, oplyste klageren ligeledes, at flyet minimum kunne flyve 3.000 nm, mens klageren oplyste, at »range« ved fuld last var 3.000 nm.

Som anført under ad påstand 5 har en ordregiver som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud, medmindre det er åbenbart, at de pågældende oplysninger er forkerte. Navnlig vedrørende Boeing 737-300QC, som blev tilbudt af både Adagold-Inversija og klageren, og hvor også klageren oplyste, at flyet har en »range« på 3.000 nm, har indklagede ikke haft anledning til at betvivle oplysningen og dermed kontrollere denne. Klageren har desuden ikke ved de foreliggende oplysninger godtgjort, at flyet i tom tilstand ikke har en »range« på 3.000 nm.

Efter det anførte har indklagede ikke handlet i strid med princippet om gennemsigtighed, og Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 7

Klageren beskrev i sit tilbud muligheden for at installere selvbeskyttelsessystemet Matador på den tilbudte Boeing 737-700W. Det blev oplyst, at klageren havde positive indikationer fra leverandøren af systemet. Matador-systemet var ikke installeret på flyet, og alle udgifter i forbindelse med godkendelse og installering af det skulle afholdes af indklagede.

Adagold-Inversijas tilbud indeholdt ingen løsning vedrørende selvbeskyttelse af de tilbudte fly, men det blev oplyst, at indklagede kunne installere selvbeskyttelse på flyene for egen regning.

Det er ubestridt, at klagerens tilbud i forhold til delkriteriet om selvbeskyttelse var bedre end Adagold-Inversijas tilbud på samme punkt. Dette er også kommet til udtryk i indklagedes evaluering af tilbuddene, og Klagenævnet har ikke grundlag for at konstatere, at indklagedes skøn i den forbindelse har været forkert.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 8

I forbindelse med det fornyede udbud efter forhandling fik tilbudsgiverne den 3. november 2008 adgang til de – i begrænset omfang – ændrede udbudsbetingelser. Indklagede fremhævede i den forbindelse, på hvilke punkter udbudsbetingelserne var ændret, herunder at der ikke længere skulle udfyldes priseksempler. Alle tilbudsgivere modtog endvidere en e-mail fra indklagede den 10. november 2008 med oplysninger om landingsforholdene i Camp Bastion i form af et link til en hjemmeside. Tilbudsgiverne fik således de samme oplysninger. Herefter, og da klageren ikke har godtgjort, at det var i Adagold-Inversijas interesse, at priseksemplerne blev fjernet fra udbudsbetingelserne, har indklagede ikke på dette grundlag handlet i strid med princippet om ligebehandling.

Klageren modtog ikke oplysninger om, hvorvidt besætningen på chartrede fly efter de danske regler skulle have dansk militært ID for at udføre opgaver i Danmark. Under hensyn til, at klageren er en dansk virksomhed, som må formodes at have kendskab til de danske regler i modsætning til Adagold-Inversija, har indklagede heller ikke som følge heraf handlet i strid med princippet om ligebehandling.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 9 og 10

Indklagede har i »Vejledning vedrørende evaluering af tilbud på LARK« af 2. oktober 2008 og i »Redegørelse for den gennemførte evaluering af tilbuddene« beskrevet fremgangsmåden ved evalueringen af tilbuddene. Evalueringsgruppens 6 medlemmer foretog således hver for sig en vurdering af tilbuddene i forhold til delkriterierne til underkriterierne. De skulle hver udarbejde en beskrivelse og give point på skalaen 1-5 for graden af målopfyldelse. Den enkelte evaluator skulle således dels beskrive sin vurdering af tilbuddenes målopfyldelse, dels tildele et point. Pointene måtte ikke stå alene. Pointene blev herefter indsat i et kontrolskema, og der blev foretaget en vægtning i overensstemmelse med den vægtning af underkriterierne, som fremgår af udbudsbetingelserne. I den samlede evalueringsgruppe blev eventuelle udsving i vurderingen af tilbuddene gennemgået med henblik på

at opnå en fælles forståelse af baggrunden for udsvingene. Der blev herefter udarbejdet en indstilling til styregruppen.

Den pointtildeling, som de enkelte evaluator foretog, fremgår af kontrolskemaerne af 18. november 2008 vedrørende Adagold-Inversijas tilbud og af 28. november 2008 vedrørende klagerens tilbud. De anførte tal viser, at tilbuddene blev vurderet i forhold til underkriterierne i overensstemmelse med den vægtning, som er fastsat i udbudsbetingelserne.

Kontrolskemaerne viser også, at delkriterierne til underkriterierne blev vægtet, således at de delkriterier, som er anført først, fik den største vægt, mens de delkriterier, der er anført sidst, fik den laveste vægt. Selv om det fremgår af udbudsbetingelserne, at delkriterierne »are un-weighted (in percent) though listed in order of priority«, fratager det ikke indklagede muligheden for i forbindelse med evalueringen at foretage en egentlig vægtning, og ikke blot en prioritering af delkriterierne. Da det af udbudsbetingelserne fremgik, at delkriterierne var anført i prioriteret rækkefølge, har indklagede, som det også er sket, været forpligtet til at tillægge de delkriterier, som står først, størst betydning.

Efter det anførte, er der ikke grundlag for at konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have anvendt en evalueringsmodel som sket, og Klagenævnet tager derfor ikke påstandene til følge.

Ad påstand 11

Indklagede udbød fuldtidschartring af et eller flere fly til strategisk lufttransport. Udbuddet vedrørte transport af PAX og cargo, både palleteret og outsized. Outsized cargo var i udbudsbetingelserne beskrevet som bl.a. lastbiler, 20 fods containere og pansrede køretøjer, og det udgjorde ca. $\frac{1}{3}$ af indklagedes samlede behov for flytransport og ca. 80 % af al cargo. Betydningen af muligheden for transport af outsized cargo kom bl.a. til udtryk ved, at et af delkriterierne til underkriteriet 1. »Ability« vedrørte tilbuddets løsning på dette punkt..

Klagerens tilbud indeholdt ikke fuldtidschartring, men derimod ad hoc chartring af fly til transport af outsized cargo, selv om det både i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne er anført, at udbuddet vedrører

fuldtidschartring. Klageren har i overensstemmelse med tilkendegivelsen under forhandlingsmødet den 24. oktober 2008 og det afgivne tilbud fastholdt, at klageren havde indgået en mundtlig aftale med Inversija Ltd. om, at Inversija Ltd. skulle levere en IL76 til klageren til transport af outsized cargo, hvis det var klageren, og ikke konsortiet Adagold-Inversija, der fik tildelt kontrakten vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«.

Efter erklæringen fra generaldirektør Efim Bruks og direktør for marketing og salg Viktor Shumskij fra Inversija Ltd. kan Klagenævnet ikke lægge til grund, at klageren havde en aftale med Inversija Ltd. om levering af en IL76. Da klagerens tilbud således hverken har indeholdt fuldtidschartring af fly til transport af outsized cargo eller en fast løsning i øvrigt på transport af outsized cargo, har klagerens tilbud ikke været konditionsmæssigt.

Indklagede valgte at tage klagerens tilbud i betragtning, selv om indklagede i første omgang vurderede, at tilbuddet ikke var konditionsmæssigt. Den omstændighed, at indklagede alligevel tog tilbuddet i betragtning, medfører ikke, at det i forbindelse med vurderingen af tilbuddet i forhold til underkriterierne ikke kan tillægges betydning, at klagerens tilbud ikke indeholdt fuldtidschartring af fly til transport af outsized cargo eller i øvrigt nærmere oplysninger om det fly, som klageren påtænkte skulle flyve med outsized cargo.

Indklagede har derfor ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i forbindelse med evalueringen af klagerens tilbud at have lagt vægt på, at klageren kun tilbød en ad hoc løsning på transport af outsized cargo, og Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Klagenævnet har anledning til at bemærke, at indklagede, efter at det den 25. november 2008 var blevet meddelt, at kontrakten ville blive indgået med Adagold-Inversija, handlede i strid med Udbudsdirektivet ved den 27. november 2008 at beslutte, at klagerens tilbud alligevel skulle tages i betragtning. Indklagede tilbagekaldte derved tildelingsbeslutningen af 25. november 2008. Hvis en ordregiver indser - efter at det er meddelt, hvem kontrakten vil blive indgået med - at gennemførelsen af et udbud er fejlbehæftet, og hvis ordregiveren vil rette fejlen, må ordregiveren annullere udbuddet og dermed annullere tildelingsbeslutningen. Der henvises til Klagenævnets kendelse af 4. august 2009 (Mölnlycke Health Care ApS mod Region

Hovedstaden, ad påstand 21-26).

Ad påstand 12

Som anført ad påstand 1 har indklagede ikke handlet i strid med princippet om gennemsigtighed ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet 2. »Price« at anvende et timetal på 5.200.

Indklagede valgte at foretage 2 prisberegninger af klagerens tilbud. I den ene beregning blev antallet af årlige flyvetimer for hver af de 2 Boeing-fly sat til 3.000, mens antallet af årlige flyvetimer for den anførte ad hoc charrede IL76 – til 3.980 euro pr. bloktime – blev sat til 2.200. I den anden beregning indgik Boeing 737-300QC flyet ikke, idet indklagede vurderede, at der ikke ville være behov for dette fly, hvis indklagede købte 3.000 flyvetimer med Boeing 737-700W flyet.

Klageren havde ikke i sit tilbud oplyst priserne for Boeing 737-300QC flyet i intervallet fra 1.000-2.800 flyvetimer, ligesom udgiften til besætning ikke var indeholdt i prisen for 3.000 flyvetimer med dette fly. Besætningsudgiften var indeholdt i prisen for Boeing 737-700W. Da en ordregiver ikke lovligt kan indhente yderligere prisoplysninger af den anførte karakter hos en tilbudsgiver eller i øvrigt skønne over besætningsudgifterne ved 3.000 flyvetimer med en Boeing 737-300QC, har indklagede ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved vurderingen af klagerens tilbud i forhold til underkriteriet 2. »Price«.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 13

Klagenævnet bemærker indledningsvis, at indklagedes anbringende om, at klageren har udvist passivitet vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for at overgå til udbud med forhandling var opfyldt, ikke har betydning ved Klagenævnets afgørelse af, om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet.

Efter Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, kan udbud med forhandling bl.a. anvendes, hvor der i forbindelse med et begrænset udbud ikke er afgivet et forskriftsmæssigt tilbud. Det var herefter en betingelse for at ind-

klagede lovligt kunne overgå til udbud med forhandling, at ingen af de første tilbud på delaftalen om »Air Lift Capacity« var konditionsmæssige.

Klagerens første tilbud indeholdt – ligesom det andet tilbud - ikke en løsning på fuldtidschartring af fly til transport af outsized cargo. Klageren anførte i tilbuddet, at der vil ske ad hoc chartring af f.eks. en IL76, men der var ikke nærmere oplysninger om dette fly. Klagerens tilbud var derfor ikke konditionsmæssigt. Det var tilbuddene fra de øvrige tilbudsgivere heller ikke, og betingelserne for at overgå til udbud med forhandling var således opfyldt.

Klagenævnet tager ikke påstanden til følge.

Ad påstand 14

Der er til underkriteriet 1. »Effectiveness« fastsat et enkelt delkriterium: »Capability and proposed measures to maximise the sales of excess flying hours and excess capacity for PAX or cargo«. »Capability« kan oversættes med »evne« eller »egnethed«, som i det foreliggende tilfælde må relatere sig til den enkelte tilbudsgivers evne eller egnethed. Det fremgår da også af indklagedes evaluering af tilbuddene, at der er lagt vægt på forhold hos tilbudsgiverne.

Vedrørende klagerens tilbud har indklagede indledningsvis anført: »Cimber har i forbindelse med deres tilbud ikke anført nogen beskrivelse af virksomhedens kapacitet eller erfaring med at drive brokervirksomhed«. Vedrørende tilbuddet fra Avico UK and Ireland Limited fremgår det indledningsvis af indklagedes evaluering af tilbuddet: »God erfaring fra denne form for ydelse. Meget stabil virksomhed økonomisk. De stiller således garanti for alle tredjemænds betaling«. Vedrørende indklagedes evaluering af tilbuddet fra Hunt&Palmer Plc. fremgår det indledningsvis: »Hunt&Palmer har god erfaring og et bredt netværk de kan anvende i løsningen af opgaven«. Det fremgår endvidere af indklagedes pointgivning ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet 1. »Effectiveness«, at der er givet point for 2 »delområder«, nemlig kapacitet og kvalifikationer og forslåede initiativer for optimering af salg.

Selv om underkriteriet »Effectiveness« ikke sædvanligvis kan betegnes som et udvælgelseskriterium, er en del af det fastsatte delkriterium i realiteten et

udvælgelseskriterium og dermed uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, mens den anden del af delkriteriet - løsningsforslag til optimering af salget – er egnet.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge for den del af delkriteriet, som vedrører »Capability«.

Ad påstand 15

Da Klagenævnet ikke har taget påstand 1-13 til følge, tager Klagenævnet ikke påstanden om annulation til følge.

Ad påstand 16

Som anført ovenfor ad påstand 14 har indklagede handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i delkriteriet til underkriteriet 1. »Effectiveness« at have lagt vægt på tilbudsgivernes »Capability«, som er et udvælgelseskriterium.

Klagerens tilbud indeholdt hverken en beskrivelse af virksomhedens kapacitet og erfaring med brokervirksomhed eller løsningsmodeller i forhold til sikring af det bedst mulige salg. Klageren havde således ikke forholdt sig til underkriteriet 1. »Effectiveness«.

Efter det anførte, og under hensyn til karakteren af indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne, tager Klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad omkostningsspørgsmålet

Indklagede har i overvejende grad fået medhold i, at klagen ikke skal tages til følge. Klagenævnet har dog i forbindelse med fastsættelsen af omkostningerne taget forløbet af sagens forberedelse i betragtning, herunder navnlig forløbet vedrørende påstanden om afvisning af klagesagen, som indklagede ikke fik medhold i.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 14

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 og princip-

perne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vedrørende delaftalen om »Broker service« til underkriteriet 1. »Effectiveness« at have fastsat delkriteriet »Capability and proposed measures to maximise the sales of excess flying hours and excess capacity for PAX or cargo«, uanset at den del af delkriteriet, som vedrører »Capability« er et udvælgelseskriterium og dermed uegnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1-13 og 15-16 og til dels påstand 14.

Indklagede, Forsvarskommandoen, skal i sagsomkostninger til klageren, Cimber Air A/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig