

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Kendelsen er derfor nævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG
(advokat Michael Brandt, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(Kammeradvokaten ved advokat Rasmus Holm Hansen og
advokat Niels Karl Heilskov Rytter, København)

Klagenævnet har den 13. juli 2017 modtaget en klage fra Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG ("HDS").

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

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

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 13 og svarskrift med bilag A - D.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder foruden anmodningen om opsættende virkning følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i forsvarsdirektivets artikel 4 ved at tildele kontrakten til Expal Systems S.A, idet Expal Systems S.A. er vurderet på Operational Performance til karakteren 240, og Klager til karakteren 176,81, for det reelt samme produkt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til Expal Systems S.A.”

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2016/S 092-165045 af 13. maj 2016 iværksatte FMI et EU-udbud med forhandling i henhold til forsvarsdirektivets artikel 26 (direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009). Udbuddet vedrørte 4 delaftaler og skete som led i FMI's udvikling af det danske militærs ammunitionsindkøb.

Denne sag angår Delaftale 3 ”Indirect (INDIRECT)”, hvis værdi i udbudsmaterialet er opgjort til mellem 50.000.000 kr. og 150.000.000 kr. eksklusive moms.

Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”Price” (70 %) og ”Operational Performance” (30 %). Underkriterierne var nærmere beskrevet i ”Enclosure C (evalueringemetode)”, hvori der står:

” ...

2.2.2 Operational Performance (30 %)

This partial criterion will be evaluated on the basis of the tenderer's response to the requirements specification in Appendix A.2 to the Contract.

Guidance on how to read and fulfill the requirements specification and a description on the evaluation method used by DALO when evaluating the response fra the tenderer is described in detail in Appendix A.2 and this section 2.1.2. Consequently, this section should be read in close connection with the guidance given in Appendix A.2.

All Mandatory Requirements (Mandatory Requirements and Key Requirements) (Marked with “M” or “K” in the Classification Column in Appendix A.2) shall be complied with unconditionally and will not be given points whereas the Conditional Requirements (Marked with “R” in the Classification Column” in Appendix A.2) will be given specific points.

Each Conditional Requirement will be given specific points (between 0 and 5) in accordance with one of the two scoring models described below in section 2.2.2.1.

The points given for each Conditional Requirement will then be multiplied by a weight indicating the priority of the Conditional Requirement. The weight is stated as either 1 or 2 in the weight column in Appendix A.2 and corresponds to the factor that the points given for the requirement in question will be multiplied with (hence, weight 1 corresponds to factor 1 and weight 2 corresponds to factor 2).

The total sum of points obtained for all Conditional Requirements is then converted into a grade between 0-5 (with two decimals) which will be the grade given for the sub-criterion “Operational Performance”.

2.2.2.1 Scoring models

As mentioned above, the Conditional Requirements will be given a score in accordance with one of the following two scoring models:

- “Binary” scoring model, indicated with a “BINARY” in the scoring model column in Appendix A.2.
- “Performance” scoring model, indicated with a “PERFORMANCE” in The scoring model column in Appendix A.2.

2.2.2.1.1 “Binary” scoring model

The “Binary” scoring model is used in connection with the evaluation of Conditional Requirements where there can only be distinguished between compliance and non-compliance.

If the tenderer’s response leads to compliance with the Conditional Requirement in question, the score 5 is awarded.

If the tenderer’s response leads to non-compliance with the Conditional Requirement in question, the score 0 is awarded.

2.2.2.1.2 “Performance” scoring model

The “Performance” scoring model is used in connection with the evaluation of Conditional Requirements where a measure of performance is specified with a “Threshold low”-value and a “Threshold high”-value in Appendix A.2.

These Conditional Requirements will be evaluated and given a score in accordance with the following;

- If the tenderer’s response is below or equal to the “Threshold low”-value, the score 0 is awarded.
- If the tenderer’s response is equal to or above the “Threshold high”-value, the score 5 is awarded.
- If the tenderer’s response is between the “Threshold low”-value and the “Threshold high”-value, a score between 0-5 (with 2 decimals) based on interpolation will be awarded.

2.3 Overall grade

When each tenderer/offer has been evaluated for each of the two sub-criterion as described above, a final, overall evaluation for each offer will be made based on the evaluation (points awarded) for each criterion and the weighting of the criteria.

Each tender will be assigned an overall grade between 0-5 (with 2 decimal point), calculated as the weighted average of the grades assigned for each criterion.

Hence, the grade assigned for the criteria “Price” will be weighted with 70 %, while the grade assigned for the criteria “Operational Performance” will be weighted with 30 %.

The Contract will be awarded to the tenderer/offer which achieves the highest overall grade.”

4 tilbudsgivere, herunder HDS, afgav tilbud inden fristens udløb den 23. juni 2017.

Underretning om tildelingsbeslutningen, der skete til fordel for Expal Systems S.A., blev givet ved brev af 3. juli 2017, hvori det hedder:

“ ...

The contract has been awarded on the basis of the award criterion “the most economically advantageous tender”. In the evaluation of the tenders, DALO will use the following sub-criteria with the specified weighting: 1) Price (70 %), and 2) Operational Performance (30 %).

...

Expal Systems S.A. has performed better than you on the following requirements; REQ CLIMATIC, REQ SHARED (primarily the requirements regarding recycled packing materiel), REQ 60 mm HE AND SMK (primarily the requirements regarding fragmentation, proximity fuze and STANAG 4439 compliance) and REQ 60 mm ILL AND ILL IR (primarily the requirements regarding fragmentation, proximity fuze and STANAG 4439 compliance). Furthermore, Expal Systems S.A.’s Overall Technical Evaluation Prices is significant lower than your Overall Technical Evaluation Price.

...”

Det fremgår af brevet, at HDS samlet opnåede 2,06 point, mens Expal Systems S.A. samlet opnåede 4,81 point. For så vidt angår underkriteriet ”Price” opnåede Expal Systems S.A. 3,50 point (vægtet), mens HDS opnåede 1,10 point (vægtet).

Parternes anbringender:

HDS har gjort gældende, at betingelsen om ”fumus boni juris” er opfyldt, idet evalueringen af tilbuddene er foretaget på et væsentligt forkert faktisk grundlag, og at ligebehandlingsprincippet i forsvarsdirektivets artikel 4 derfor er tilsidesat.

HDS har nærmere anført bl.a., at FMI burde have neutraliseret den konkurrencefordel, der ligger i, at Expal Systems S.A. producerer de våbensystemer, som ammunitionen skulle afprøves på. FMI har således taget hensyn til, i hvor høj grad den pågældende ammunition er egnet til anvendelse på disse våbensystemer, hvilket giver Expal Systems S.A. en uberettiget fordel.

Tildelingen af karakteren 5 til Expal Systems S.A. i relation til, hvorvidt ammunitionen kan anvendes under visse klimatiske forhold, bør tilsidesættes, da det er fast anerkendt i branchen, at der ikke eksisterer en STANAG

4379/AECTP-200 kompatibel tændsats på markedet, som kan anvendes ved ekstrem kulde (-51°C).

I forhold til karaktergivningen vedrørende ammunitionens kategorisering som "Insensitive Munition" burde HDS have modtaget karakteren 5 og ikke 3, da HDS opfylder samtlige krav til STANAG 4439.

For så vidt angår kravene til 60mm HE PFF og 60MM Illumination (ILL) og Illumination IR (ILL IR) har HDS nærmere anført, at det i de to punkter ikke burde være muligt at opnå karakteren 5, da en selvdetonerende tændsats (proximity fuse) ikke findes under de krævede STANAG-standarder, ligesom kravet om, at rækkevidden for ammunitionen ikke må afvige mere end 0,5 %, ikke kan opfyldes for STANAG-kompatible sprængladninger.

For så vidt angår ammunitionstyperne 60MM ILL og ILL IR, hvor det er karaktergivende, såfremt en tilbudsgivers ammunition alene varierer 0,3 % i vidden/spredningen ved affyringen, målt i forhold til ammunitionens rækkevidde, gøres det gældende, at en så lav fejlmargen er anset som umulig i branchen at opnå under naturlige klimatiske forhold, hvorfor Expal Systems S.A. ikke burde være tildelt karakteren 5.

Særligt i relation til påstand 2 har HDS gjort gældende, at beslutningen om at tildele Delaftale 3 til Expal Systems S.A. som følge af de begåede fejl bør annulleres med henblik på, at FMI foretager en fornyet vurdering af tilbuddene.

Betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning er opfyldt.

HDS har endvidere gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt, idet kontrakten har væsentlig betydning for HDS, og at dennes tab ikke kan genoprettes ved erstatning. Der er for tiden hård konkurrence om markedsandelene vedrørende salg af varer på det militære område. Udbuddet har afgørende betydning for HDS' muligheder for at etablere sig i Nordeuropa og har strategisk betydning i lang tid fremover. Der er således ikke alene tale om et økonomisk tab, men også om et udbud der kan have afgørende betydning for HDS' forretning.

HDS har endelig gjort gældende, at betingelsen om interesseafvejning er opfyldt, idet FMI ikke lider et tab eller en væsentlig ulempe ved, at klagen

tillægges opsættende virkning, idet der i givet fald alene vil blive tale om en mindre forsinkelse i forbindelse med, at FMI skal træffe en ny tildelingsbeslutning.

Til støtte for begæringen om opsættende virkning har HDS endelig henvist til, at FMI har oplyst, at anmodningen om aktindsigt ikke kan forventes færdigbehandlet før 22. september 2017.

FMI har gjort gældende, at betingelsen om ”fumus boni juris” ikke er opfyldt.

FMI har nærmere anført, at rammeaftalen ikke er tildelt den forkerte tilbudsgiver, da rammeaftalen åbenbart er tildelt til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

FMI anerkender, at Expal Systems S.A. skulle have været tildelt 215 point i stedet for 240 point under evalueringen efter underkriteriet ”Operational Performance”, men har i øvrigt bestridt, at evalueringen skulle være foretaget på et forkert faktisk grundlag eller i øvrigt i strid med ligebehandlingsprincippet. Fejlen betyder, at Expal Systems S.A. i samlet karakter rettelig skulle være tildelt 4,68 i stedet for 4,81.

Kravet vedrørende testresultater baseret på 60-MX2-KM-C og 60-CX2-M giver ikke Expal Systems S.A. en uretmæssig fordel i tilbudsevalueringen, idet kravets opfyldelse blot afhænger af, om tilbudsgiveren kan levere dokumentation for tests, som er udført på de pågældende systemer, hvilket principielt kan foretages af enhver.

For så vidt angår kravene vedrørende ammunitionens påvirkelighed, sprængningshøjde over jorden, afvigelser i ammunitionens rækkevidde og afvigelse i ammunitionens vidde/spredning har FMI anført, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte den faglige og evalueringsmæssige vurdering, som FMI har foretaget i forbindelse med karaktergivningen, herunder ud fra de givne svar herpå i tilbuddene fra henholdsvis HDS og Expal Systems S.A.

Der er ikke grundlag for at annullere FMI's tildelingsbeslutning, da den eneste konstaterede fejl har marginal betydning i forhold til den samlede tilbudsevaluering, og fejlen er helt uden betydning i forhold til udpegningen

af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Desuden er de øvrige fejl, som HDS har påberåbt sig, uden betydning for udfaldet af den samlede vurdering, hvilket også støtter, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

De "særlige grunde", der skal til for at tillægge klagen opsættende virkning, foreligger ikke i denne sag.

De påståede overtrædelser kan ikke medføre annulation, og fumusbetingelsen er derfor ikke opfyldt. Dette støttes også af, at HDS under alle omstændigheder ikke ville være blevet tildelt kontrakten – dette uanset om HDS måtte få medhold i samtlige klagepunkter.

HDS har ikke godtgjort, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab ved at afvente den materielle afgørelse i sagen. FMI har herved bestridt, at kontrakten har ”afgørende betydning” for HDS’ mulighed for at etablere sig i Nordeuropa. Der er ikke grundlag for at antage, at et eventuelt tab, som HDS måtte lide ved en overtrædelse af udbudsreglerne fra FMI’s side, ikke kan kompenseres ved erstatning, hvis betingelserne herfor måtte være opfyldt.

Det har væsentlig økonomisk og planlægningsmæssig betydning for FMI at kunne indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der er udpeget som vinder, idet der med ammunitionen, der skal indkøbes under Delaftale 3, er tale om en kritisk og nødvendig ydelse for det danske forsvar. En interesseafvejning fører derfor også til, at klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011 om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet § 11, stk. 2, jf. § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen

skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelser nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at denne betingelse indebærer, at der foreløbigt vurderet skal være udsigt til, at der kan gives medhold i en eller flere påstande, som må antages at medføre annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet sætter ikke sit eget skøn i stedet for det skøn, som ordregiveren har foretaget i forbindelse med evalueringen af tilbuddene, idet skønnet alene kan tilsidesættes, hvis den skønsmæssige afgørelse er åbenbart forkert eller overskrider de grænser, der gælder for et sådant skøn.

Som anerkendt af Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse kan det lægges til grund, at Expal Systems S.A. ikke skulle være tildelt point for krav C1.0.9, der dækker over 5 krav med i alt 25 mulige point, og at Expal Systems S.A. således rettelig skulle have været tildelt en vægtet karakter på

1,18 i stedet for 1,31 for så vidt angår underkriteriet ”Operational Performance”.

Selv hvis det måtte antages, at Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG herudover måtte få medhold i de andre fejl, som der er henvist til i klagen, vil dette - henset til den betydelige margin, hvormed Expal Systems S.A. fandtes at have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud - efter en konkret væsentlighedsvurdering på det foreliggende grundlag ikke kunne føre til, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Betingelsen om, at klagen skal have noget på sig (”fumus boni juris”), er derfor ikke opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at det på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke kan antages, at Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Der er herved lagt vægt på, at Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG ikke ved konkrete og underbyggede oplysninger har sandsynliggjort, at en eventuel økonomisk kompensation ikke vil kunne udgøre fuld erstatning, og at der således skulle foreligge en uoprettelig skade.

Oplysningerne, der er fremkommet fra Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG om, at udbuddet har afgørende betydning for Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG’s mulighed for at etablere sig i Nordeuropa, hvilket ikke er dokumenteret, og har strategisk betydning i lang tid fremover, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at betingelsen om uopsættelighed kan anses for opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Det forhold, at Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG ved brev af 13. juli 2017 har anmodet Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse om aktindsigt i udbudssagen, og at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har meddelt, at anmodningen først forventes færdigbehandlet senest den 22. september 2017, kan ikke føre til et andet resultat.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig