

K E N D E L S E

Newcon Optik
(selv)

mod

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

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 245-513365 af 19. december 2017 udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) som begrænset udbud efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2009/81/EF af 13. juli 2009) to delaftaler vedrørende 7-årige rammeaftaler om levering af håndholdte binokulære kikkerter med og uden laserafstandsmålere (delaftale 1) og kompakte håndholdte laserafstandsmålere (delaftale 2) til en samlet anslået værdi på 45 mio. kr. Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at FMI forventede at prækvalificere 3 ansøgere vedrørende hver delaftale.

Klagen vedrører ansøgning om prækvalifikation på delaftale 2 – levering af kompakte håndholdte laserafstandsmålere.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 21. februar 2018 havde Newcon Optik og 6 andre virksomheder anmodet om prækvalifikation vedrørende delaftale 2.

Den 18. maj 2018 besluttede FMI at prækvalificere følgende virksomheder:

1. Laser Technology, Inc.

2. Rally Point Tactical Scandinavia ApS
3. SAFRAN Electronics & Defence

Den 6. juni 2018 indgav Newcon Optik klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Klagen har været behandlet skriftligt.

Newcon Optik har nedlagt følgende påstande:

”DALO [FMI] ekskluderede fejlagtigt og på unfair vis flere af Newcon Optiks 15 indgivne referencer i dets overvejelse. Udelukkelsen af disse referencer er i strid med artiklerne 4, 18 og 38 af EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDETS DIREKTIV 2009/81/EF AF 13.7.2009.” [Påstand 1]

”DALO [FMI] har foretaget en alvorlig FAKTAMÆSSIG fejl i sin afgørelse vedrørende “NATO-leverancer”. Denne FAKTUELLE fejl reflekterer yderligere overtrædelser af artikel 4 af EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDETS DIREKTIV 2009/81/EF AF 13.7.2009.” [Påstand 2]

”DALO's [FMI's] valg af, at kun 3 firmaer skal fortsætte til de næste stadier i Projektet, forekommer som tilfældigt, unødvendigt og tjener ikke laserafstandsmålernes slutbrugere eller det danske folk som helheds interesse. Artikel 38 af EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDETS DIREKTIV 2009/81/EF AF 13.7.2009 giver vejledning til udvælgelsen af kandidater i en begrænset procedure, men begrænser på intet tidspunkt DALO [FMI] til kun 3 operatører.” [Påstand 3]

”FØLGELIG og af de ovenfornævnte årsager, eller hvilken som helst af dem, anmoder Newcon Optik ydmygt Klagenævnet for Udbud om at omstøde DALO's [FMI's] beslutning om at diskvalificere Newcon Optik fra yderligere deltagelse i Projektet, og at nævnet beordrer, at Newcon Optiks bud bliver og forbliver berettiget til at komme i betragtning og til fuld deltagelse.” [Påstand 4 og 5]

FMI har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

FMI har vedrørende påstanden om, at Newcon Optik skal prækvalificeres (påstand 5), nedlagt påstand om afvisning.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5) fremgår bl.a. følgende:

”The objective of this tender is to ensure that DALO for the next 7 years will be able to provide handheld binoculars (further called binoculars), handheld binoculars with built-in laser range finder (further called LRF-binoculars) and compact handheld Laser Range Finders (further called LRF).

The tender procedure concerns one contract notice divided into 2 contract lots regarding 2 separate framework agreements. The framework agreements are not identical and the requirement specifications "Appendix A" are also not identical, but specific for each contract lot. Each contract lot is, therefore, subject to their own contractual conditions further specified in the framework agreements.

— Contract lot 1 covers binoculars and LRF-binoculars.

— Contract lot 2 covers LRF.

Binoculars, LRF-binoculars and the LRF are to be used mainly by the individual soldiers as part of their personal equipment, both in real combat situations, as well as training, across all Danish Defence branches and in varying environmental and weather conditions across the globe.

The binoculars, LRF-binoculars and the LRF are to be used along with the soldiers' and unit's other equipment, such as weaponry and sensors.

The binoculars and LRF-binoculars are to be used with a focus on surveillance, orientation, observation, fire control (utilising a built-in reticle) and identification of targets and are to be primarily utilised by infantry squad leaders and armoured vehicle commanders.

The LRF is to be primarily used with a focus on momentary range measurement prior to engaging the target with the dismounted infantry squad's handheld weaponry such as a 7,62 mm light machine gun, as well as relevant target identification using the distance data.

...

Det er i udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2) om udvælgelsen af virksomheder anført:

“Envisaged number of operators 3

Objective criteria for choosing the limited number of candidates: Please note that IV.1.2) Envisaged number of operators is 3 for each contract lot.

The limitation of candidates will be based on an evaluation of which candidates have documented the most relevant previous deliveries in comparison to the contract/purchases described in section II.1.5) above, in terms of the nature and quantity of the previous deliveries. The evaluation will be based on the list of references submitted by the candidates according to section III.2.3).

Please note that any ambiguities and/or incomprehensibilities in the information submitted may be regarded negatively in the evaluation when selecting the limited numbers of candidates. DALO will view the following aspects of the deliveries positively:

For contract lot 1:

...

For contract lot 2:

- experience with delivery of LRF to NATO countries,
- experience with delivery of LRF to MOD's and law enforcement authorities,
- experience with a provision of spare parts and services as part of a sustainment arrangement concerning LRF.”

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3) fremgår:

“Information and formalities necessary for evaluating if the requirements are met:

A list of the most important similar deliveries (references), cf. section II.1.5), carried out within the past 5 (five) years prior to the deadline for the request to participate. Only the deliveries (references) performed at the time of the deadline for the request to participate will be considered when assessing if the minimum requirement for suitability stated below is fulfilled/ which candidate has documented the most relevant previous deliveries, cf. section IV.1.2). If the delivery in question is ongoing, it is only the part of the supplies performed and completed at the time of the deadline for the request to participate which will be included in the assessment of the delivery(reference). The list should preferably include a short description of each delivery.

The description of the deliveries should include a clear indication of which specific parts the deliveries are similar to the supplies, described in section II.1.5, and a clear indication if the deliveries are sustainment arrangements to binoculars, LRF-binoculars and/or LRF.

The description should also include a description of the candidate's participation/role in the performance of the deliveries. The description should also contain information on the date of the deliveries, the size and value of the deliveries, the recipients of the deliveries (specific names/countries are preferred, but not necessary, if no country-specific information is included, the candidate is asked to provide as much a generic information as possible about the delivery as e.g. NATO country/non-NATO country). When specifying the date for the deliveries, the candidate should state the date for the commencement and completion of the deliveries. If this is not possible, e.g. because the delivery in question is performed on an ongoing basis according to a framework agreement, the description of the deliveries should nonetheless contain information on how the date is set.

The list must contain a maximum of 15 previous deliveries, whether the candidate is one entity, composed of a group of entities (e.g. consortium), including temporary joint ventures, or relies on the technical and professional capacity of other entities. If the list contains more than 15, DALO will only consider the first 15 deliveries on the list. Deliveries beyond that will be disregarded.

Please note that a candidate may rely on the technical and professional capacity of other entities (e.g. a parent or sister company or a sub-supplier), irrespective of the legal nature of the relations between the candidate and the entity or entities on which the candidate relies.

Minimum level(s) of standards possibly required

For contract lot 1 the following applies:

— the candidate must demonstrate experience, within the past 5 years prior to the deadline for the request to participate, with similar deliveries of which at least one delivery must contain a minimum of 500 binoculars, and at least one delivery must contain minimum one LRF-binoculars.

For contract lot 2 the following applies:

— the candidate must demonstrate experience, within the past 5 years prior to the deadline for the request to participate, with similar deliveries that in total amount to at least 500 LRF.”

I FMI's afslagsbrev af 18. maj 2018 til Newcon Optik er anført bl.a. følgende om evalueringen:

“As stated in section IV.1.2 of the contract notice, the selection of the candidates that are invited to submit tenders was based on the following criterion:

- the relevance of the candidate's previous deliveries in comparison to the purchases described in section II.1.5), in terms of the nature and quantity of the previous deliveries

In relation to the criteria, the applicants are given the following overall scores – highly relevant, very relevant, relevant, less relevant and not relevant.

Newcon International Ltd. (d.b.a. Newcon Optik) has stated 15 references. The references are collectively evaluated as less relevant.

The prequalified applicants have been evaluated as follows:

Laser Technology, Inc. has stated 8 references. The references are collectively evaluated as relevant.

Rally Point Tactical Scandinavia ApS has stated 1 reference. The reference is evaluated as highly relevant.

SAFRAN Electronics & Defense has stated 15 references. The references are collectively evaluated as relevant.

The evaluation has shown the following:

In general it was a large and very strong field with many candidates showing significant and relevant previous deliveries, and while the application of Newcon International Ltd. (d.b.a. Newcon Optik) was also adequate, it is the assessment of DALO that the selected candidates documented more relevant references.

All of the selected candidates documented experience with a very large *total quantity* of delivered handheld LRF units, when adding up all the delivered handheld LRF units in the submitted list of former deliveries. Thus the prequalified candidates documented previous deliveries with a total quantity of approximately 14100, 5000 and 1700 handheld LRF units.

Furthermore, the three prequalified candidates all documented thorough experience with NATO deliveries of handheld LRF units.

Newcon International Ltd. (d.b.a. Newcon Optik) has only documented experience with deliveries of approximately 2800 units, of which only 1114 were regarded as relevant compared to the purchases described in the contract notice section II.1.5. This is less than the prequalified candidates (approximately 1700 and above).

Furthermore, of the approximately 1114 relevant units delivered by Newcon International Ltd. (d.b.a. Newcon Optik), none were included in NATO deliveries and DALO has therefore, deemed the references less relevant.

Based on the above mentioned, Newcon International Ltd. (d.b.a. Newcon Optik) has with respect to the total quantity of delivered handheld LRF units and the quantity of deliveries to NATO countries and MOD's and law enforcement authorities, demonstrated less relevant experience compared to the three prequalified candidates. Consequently Newcon International Ltd.'s (d.b.a. Newcon Optik) overall experience has been considered less relevant than the three prequalified candidates.

Thus, in accordance with the provisions of the Contract Notice, DALO has made the decision not to invite you to submit an offer.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Newcon Optik har anført, at virksomhedens 15 referenceprojekter inkluderede 2.818 enheder. For at nå frem til, at der alene er tale om 1.114 relevante enheder, må FMI have afvist alle de angivne leveringer af binokulære laserafstandsmålere som irrelevante, hvilket efterlader 1.114 monokulære laserafstandsmålere. Der er efter udbudsbetingelsernes pkt. II.1.5) intet belæg for at vurdere, at tidligere leveringer af binokulære laserafstandsmålere skulle være irrelevante, da binokulære og monokulære laserafstandsmålere begge er håndholdte enheder. Udbudsbekendtgørelsen specificerer ikke nærmere, at kun monokulære laserafstandsmålere kan komme i betragtning, og der beskrives ingen sikker metode til bedømmelse af, hvad FMI betragter som kompakte og håndholdte laserafstandsmålere.

FMI's påstand om, at 9 af Newcon Optiks referencer indeholder "ikke-kompakte laserafstandsmålere", er grundlæggende forkert. Alle Newcon Optiks laserafstandsmålere er bygget til at være enheder, der er kompakte, lette og med alle nødvendige egenskaber. F.eks. er Newcon Optiks LRB 3000PRO en ekstremt kompakt og håndholdt binokulær laserafstandsmåler. Den bæres normalt i militærstyrkers vestlommer og benyttes af soldater verden over. At klassificere denne enhed som en "stor binokulær" er forkert og viser en mangel på forståelse for produktet og markedet, hvad militære laserafstandsmåleres størrelser, vægt og ydelseskarakteristika angår. Forberedt på en sådan potentiel misforståelse og for at undgå forvirringer markerede Newcon Optik tydeligt hvert eneste produkt med enten "LRF Binoculars (compact LRF with dual ocular) or LRF monoculars (compact LRF with single ocular)" i prækvalifikationsspørgeskemaet. Det er irrelevant, at Newcon Optik fremsendte en række af de samme referencer vedrørende delaftale 1, da delaftalerne skal behandles uafhængigt af hinanden.

Var Newcon Optiks tidligere leverancer af binokulære laserafstandsmålere blevet vurderet som relevante, havde Newcon Optiks leverancehistorik været mere relevant end Rally Point Tactical Scandinavia ApS' leverancehistorik.

FMI har overordnet gjort gældende, at der er foretaget en evaluering af Newcon Optiks referencer, som er i overensstemmelse med det, der er an-

ført i udbudsbekendtgørelsen, og at det var berettiget ikke at prækvalificere Newcon Optik.

FMI har bestridt, at FMI skulle have ”afvist” en række af Newcon Optiks referencer i ansøgningen om prækvalifikation, ligesom FMI har bestridt, at disse referencer er blevet vurderet som ”irrelevante”. FMI har således foretaget en evaluering af alle 15 referencer indsendt af Newcon Optik i overensstemmelse med udvælgelseskriterierne beskrevet i udbudsbekendtgørelsen, pkt. IV.1.2). Alle referencer er inddraget i den samlede evaluering alt efter, hvor sammenligneligt produktet, som referencerne vedrører, er med de udbudte kompakte laserafstandsmålere, hvem modtageren af produktet er, og om der er leveret reservedele og service med produktet, jf. udbudsbekendtgørelsen, pkt. IV.1.2). Konkret er alle Newcon Optiks referencer tillagt positiv værdi, om end i forskellig grad.

FMI har vurderet Newcon Optiks referencer vedrørende binokulære kikkerter med indbygget laserafstandsmålere mindre relevante end referencer vedrørende kompakte laserafstandsmålere. Dette skyldes, at den omhandlede delaftale netop vedrører sidstnævnte ydelse. FMI vurderede således, at de binokulære kikkerter, som fremgår af Newcon Optiks referencer, ikke er at anse som kompakte. Dette begrundes i, at de er større og tungere end kompakte (typisk monokulære) afstandsmålere. Som beskrevet i udbudsbekendtgørelsen pkt. II.1.5) skal de udbudte kompakte laserafstandsmålere bruges af skytter som støttefunktion til disses brug af håndholdte våben i ildkamp. Det er således afgørende, at laserafstandsmåleren er så lille og let som muligt, da få hundrede gram (og ekstra fylde) kan resultere i, at udstyret fravælges.

De binokulære kikkerter med indbygget laserafstandsmåler, som Newcon Optik har beskrevet i sine referencer, er mellem ca. 500-1.500 gram tungere og op til fire gange større end de kompakte laserafstandsmålere, som Newcon Optik har beskrevet i sine referencer, og som i øvrigt svarer i vægt og størrelse til markedets typiske udvalg indenfor kategorien kompakte laserafstandsmålere.

At der er en reel forskel på binokulære kikkerter med indbygget laserafstandsmålere og kompakte laserafstandsmålere bekræftes af Newcon Optiks egne ansøgninger om prækvalifikation, hvor alene de monokulære laserafstandsmålere betegnes som kompakte.

Denne tilgang støttes også af, at FMI netop har opdelt udbuddet i binokulære kikkerter med og uden indbygget laserafstandsmåler (delaftale 1) og kompakte laserafstandsmålere (delaftale 2). Newcon Optiks referencer vedrørende levering af binokulære kikkerter med indbygget laserafstandsmåler er således aldeles relevant for delaftale 1, men kun begrænset relevant for delaftale 2. Newcon Optik har således også i forhold til delaftale 1 fremsendt en række af de samme referencer, som virksomheden har fremsendt i forhold til delaftale 2.

Det ligger klart inden for FMI's skøn at vurdere, at kompakte monokulære afstandsmålere er mere relevante for det omhandlede udbud end binokulære kikkerter med indbygget laserafstandsmåler. Denne skønsmæssige vurdering er foretaget på et korrekt grundlag, og FMI er ikke gået ud over rammerne for det skøn, som tilkommer FMI i en situation som denne.

Ad påstand 2

Newcon Optik har gjort gældende, at virksomheden har indgivet rigelige beviser for sine tidligere leverancer til NATO-lande. FMI har i ond tro besluttet, at beviserne ikke var tilstrækkelige.

Der står ikke noget i udbudsbekendtgørelsen om, at referencer angående levering til NATO-lande alene angår levering til forsvars- og sikkerhedsmyndigheder. FMI har således ikke fulgt det, der står i udbudsbekendtgørelsen.

Reference nr. 11 vedrører et salg til det franske indenrigsministerium, hvis slutbrugere arbejder under det franske forsvarsministerium. Det er uacceptabelt, at det franske indenrigsministerium ikke blev anset som en gyldig sikkerhedsmyndighed. Newcon Optik har endvidere angivet referencer vedrørende leverancer til mellemhandlende agenturer/virksomheder i Belgien og USA, der solgte udstyr til regeringsagenturer og militær inden for de respektive lande.

FMI har uberettiget afvist flere referencer vedrørende leveringer direkte til NATO forsvars- og sikkerhedsmyndigheder, idet FMI fejlagtigt har vurderet, at de ikke vedrørte ”kompakte LRF-enheder”.

Newcon Optik har endvidere henvist til, at 4 af de laserafstandsmålere, som virksomheden producerer, har NATO-lagernumre, hvorfor det er forkert at konkludere, at Newcon Optik mangler relevant erfaring inden for leveringer til NATO-lande.

FMI har gjort gældende, at der er foretaget en korrekt evaluering af Newcon Optiks referencer vedrørende leveringer til NATO-medlemsstater eller øvrige forsvars- og sikkerhedsmyndigheder. Overordnet har FMI tillagt det værdi, hvis ansøgerne kunne demonstrere erfaring med leveringer svarende til det udbudte til NATO-medlemsstater eller øvrige forsvars- og sikkerhedsmyndigheder, jf. udbudsbekendtgørelsen, pkt. IV.1.2.

De tre leverancer, som Newcon Optik har gjort gældende skulle være leveret til NATO-medlemsstater, vedrører levering til "Mécarsa" i Belgien (reference nr. 2), "French Ministry of Interior" (reference nr. 11) og "Parsons Govt. Services International Inc." i USA (reference nr. 15). Når der i udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2) henvises til "NATO countries", skal dette ikke – som Newcon Optik tilsyneladende gør – fortolkes således, at FMI ville tillægge det særlig værdi, at ansøgerne havde leveret til enhver modtager etableret i et NATO-medlemsland, uanset hvem modtageren måtte være (privat eller offentlig). FMI har derimod tillagt det særlig vægt, hvis der kunne dokumenteres leveringer til et medlem af NATO forstået som de myndigheder, der opererer i henhold til NATO-samarbejdet. Dette er tillagt værdi, fordi FMI ønsker at sikre sig, at de deltagende virksomheder i udbuddet (altså de potentielle kontraktparter) har erfaring med de krav, som myndigheder underlagt NATO-samarbejdet sædvanligt stiller til udstyr, der skal anvendes i militære og øvrige sikkerhedsrelaterede operationer (f.eks. hvad angår sikkerhed, logistik, kodificering og klassificering). Det beskrives således også i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5), at udstyret skal bruges af soldater i kamp som en del af soldaternes personlige udstyr.

Denne udlægning af "NATO countries" harmonerer også med den efterfølgende sætning om "*MOD's and Law Enforcement authorities*"; underforstået øvrige forsvars- og sikkerhedsmyndigheder end dem, der opererer i henhold til NATO-samarbejdet.

Da ingen af de tre referencer (nr. 2, 11 og 15) ud fra det oplyste vedrører leveringer til myndigheder, der opererer i henhold til NATO-samarbejdet, blev de ikke tillagt særlig værdi alene som følge af det forhold, at leveran-

cemodtagerne var etableret i NATO-lande. De blev dog tillagt en (betydelig) værdi som følge af det forhold, at de alle vedrørte det efterspurgte produkt. Endvidere blev reference nr. 11 tillagt ekstra værdi som følge af, at der var tale om en levering til 'Law Enforcement'. Det var vedrørende reference nr. 11 ikke beskrevet, at leveringsens slutbrugere arbejdede under det franske forsvarsministerium. For så vidt angår reference nr. 2 og 15 var det ikke beskrevet, at leverancemodtagerne skulle have ageret som agenter eller lignende. FMI kunne således ikke have inddraget disse oplysninger i evalueringen. Herudover følger det af fast klagenævnspraksis, at ordregiver kun må lægge vægt på de oplysninger, som en ansøgning indeholder, ligesom ansøger bærer risikoen for uklarheder i ansøgningen, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 2. september 2016, Fayard A/S mod FMI.

Vedrørende de øvrige referencer, som Newcon Optik præsenterede i sin ansøgning, vedrører enkelte af referencerne leverancer til forsvarsmyndigheder i NATO-lande. Da disse referencer imidlertid vedrører produkter, der ikke er direkte sammenlignelige med det udbudte produkt, blev de tillagt mindre vægt. Dette er ikke direkte omtalt i afslagsskrivelsen til Newcon Optik, da der heri alene er medtaget de væsentligste elementer af evalueringen.

Det er inden for FMI's skøn at vurdere, om kompakte monokulære afstandsmålere er mere relevante for udbuddet end binokulære kikkerter med indbygget afstandsmåler. Ligeledes er det inden for FMI's skøn at tillægge det mere værdi, at der er sket leverancer af kompakte monokulære afstandsmålere til NATO-medlemsstater end binokulære kikkerter med indbygget afstandsmåler til NATO-medlemsstater.

Det forhold, at et produkt i en reference måtte have et NATO- lagernummer, siger ikke noget om, hvem der er modtager af den *konkrete* leverance.

Ad påstand 3

Newcon Optik har anført, at det er urimeligt at afgrænse antallet af ansøgere i stedet for at sikre, at alle ansøgere, der kan udføre en kontrakt, bliver inviteret til at ansøge. Udvælgelsen af de 3 ansøgere, hvoraf en ikke er fabrikant, er tilfældig og tjener ikke den åbne konkurrences formål, og det vil heller ikke sikre det bedste udstyr til Danmarks soldater. Newcon Optiks

tilbud bør anses for mere relevant end tilbuddet fra Rally Point Tactical Scandinavia ApS.

FMI har gjort gældende, at det er ordregivers eget valg, hvor mange virksomheder der ønskes prækvalificeret i et begrænset udbud, så længe det sker inden for de rammer, som er angivet i forsvars- og sikkerhedsdirektivet og udbudsbekendtgørelsen. FMI havde i udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2) fastsat, at der ville blive udvalgt 3 kandidater til deltagelse i udbudsprocessen, hvilket er i overensstemmelse med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 38, stk. 3. FMI var således berettiget til at prækvalificere 3 kandidater.

Ad påstand 4 og 5

Newcon Optik har under henvisning til det, som virksomheden har anført vedrørende påstand 1-3, gjort gældende, at beslutningen om ikke at prækvalificere Newcon Optik skal annulleres, ligesom FMI skal påbydes at prækvalificere Newcon Optik.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og at der således ikke foreligger noget grundlag for at annullere beslutningen om ikke at prækvalificere Newcon Optik.

Med henvisning til det ovenfor anførte vedrørende påstand 1 og 2 har FMI således gjort gældende, at det var berettiget ikke at prækvalificere Newcon Optik, da de prækvalificerede kandidaters ansøgninger indeholdt referencer, der var mere relevante end dem, som Newcon Optiks ansøgning indeholdt.

Særligt i forhold til påstand 2 har FMI bemærket, at spørgsmålet om leverancer til NATO-medlemsstater under alle omstændigheder alene indgik som ét blandt flere momenter i den samlede evaluering. Selv hvis FMI havde lagt til grund, at de 3 tidligere omtalte referencer (nr. 2, 11 og 15) udgjorde leveringer til NATO-medlemsstater, ville dette ikke have haft betydning for den samlede prækvalifikationsbeslutning. Der er tale om et relativt lavt antal leverede enheder (286 stk.), og til sammenligning præsenterede de 3 prækvalificerede kandidater leverancer med over henholdsvis 700, 14.000 og 1.600 kompakte laserafstandsmålere til NATO-medlemsstater.

Det ligger uden for klagenævnets kompetence at påbyde, at FMI skal prækvalificere klager, jf. eksempelvis klagenævnets kendelse af 2. september 2016, Fayard A/S mod FMI, og påstand 5 skal derfor afvises.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Klagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt FMI berettiget har undladt at prækvalificere Newcon Optik med den begrundelse, at de referencer, som Newcon Optik havde opgivet, ”collectively [are] evaluated as less relevant”, som anført i FMI’s brev af 18. maj 2018 til Newcon Optik.

Afgørelsen af, om en reference er relevant, må træffes dels ud fra beskrivelsen af den udbudte kontrakt i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5), dels ud fra de krav til referencerne, som er beskrevet i punkt III.2.3), sammenholdt med pkt. IV.1.2), hvorefter der vil blive lagt vægt på ”which candidates have documented the most relevant previous deliveries in comparison to the contract/purchases described in section II.1.5) above, in terms of the nature and quantity of the previous deliveries”, og hvorefter FMI “will view the following aspects of the deliveries positively: ...

- experience with delivery of LRF to NATO countries,
- experience with delivery of LRF to MOD’s and law enforcement authorities,
- experience with a provision of spare parts and services as part of a sustainment arrangement concerning LRF.”

En ordregiver har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede der efter de offentliggjorte kriterier er bedst egnede, og derfor skal prækvalificeres. Klagenævnet erstatter ikke en ordregivers skøn med sit eget, men klagenævnet kan tilsidesætte en ordregivers skøn, hvis det overskrider de grænser, der gælder for et sådant.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at FMI’s skøn vedrørende Newcon Optiks referencer ikke er foretaget i overensstemmelse med de offentliggjorte kriterier, og klagenævnet har efter den beskrevne prøvelsesbegrænsning ikke grundlag for at tilsidesætte FMI’s skøn.

Påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

FMI havde i udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2) fastsat, at der ville blive udvalgt 3 kandidater til deltagelse i udbudsprocessen, hvilket er i overensstemmelse med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 38, stk. 3. FMI var således berettiget til at prækvalificere 3 kandidater.

Påstand 3 tages ikke til følge.

Ad påstand 4

Det følger af det, der er anført ad påstand 1-3, at annullationspåstanden ikke tages til følge.

Ad påstand 5

Såfremt klagenævnet havde taget annullationspåstanden til følge, ville det have været op til FMI at drage konsekvenserne heraf. Klagenævnet har ikke kompetence til at prækvalificere ansøgere.

Påstanden afvises.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1-4.

Klagen vedrørende påstand 5 afvises.

Newcon Optik skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig