

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

K E N D E L S E

Rheinmetall Waffe Munition GmbH
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(Kammeradvokaten ved advokat Rasmus Holm Hansen, København)

Klagenævnet har den 13. juli 2017 modtaget en klage fra Rheinmetall Waffe Munition GmbH ("RWM").

RWM 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 - 15 og svarskrift med bilag A - E.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder foruden anmodningen om opsættende virkning følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at tildele en rammeaftale om ”Køb af ammunition” til Mecar S.A. for så vidt angår kontrakt kategori 2, 40 mm kaliber.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at tildele en rammeaftale om ”Køb af ammunition” til Expal Systems S.A. for så vidt angår kontrakt kategori 3, 60 mm kaliber.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere FMI’s beslutning af 3. juli 2017 om at tildele rammeaftale om ”Køb af ammunition” til Mecar S.A. for så vidt angår kontrakt kategori 2, 40 mm kaliber.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere FMI’s beslutning af 3. juli 2017 om at tildele rammeaftale om ”Køb af ammunition” til Expal Systems S.A. for så vidt angår kontrakt kategori 3, 60 mm kaliber.

...”

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 2 ”Medium/Large Caliber (MEDCAL/LARGEAL)” og Delaftale 3 ”Indirect (INDIRECT)”.

Tildelingskriteriet for begge delaftaler var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”Price” (70 %) og ”Operational Performance” (30 %). Underkriterierne er nærmere beskrevet i Enclosure C, hvor der også er anført en nærmere evalueringsmetode, efter hvilken tilbudsgiverne under hvert underkriterium kunne opnå en karakter mellem 0 og 5. De opnåede karakterer indgik i den samlede bedømmelse med underkriteriets vægtning.

I ”Enclosure C (evalueringsmetode)” står der:

” ...

2.2 Sub-criteria

2.2.1 Price (70 %)

The evaluation of this sub-criterion will be based on a Overall Technical Evaluation Price taking the following elements into account;

- The tenderer’s offered prices (one price-scheme based on FCA INCOTERMS 2010 and one price-scheme based on DAP INCOTERMS 2010) regarding the Mandatory Items and the Mandatory Services (only for category 1) stated in Appendix C.3.

...

- DALO’s assesment regarding the reduction of the transportation costs based on the value of the tenderer’s “DALO FCA-costs” compared to the value of the “DAP-add on”.

The value of the DAP-add on is calculated as the value of the total margin between the FCA INCOTERMS 2010 price-scheme and the DAP INCOTERMS 2010 price-scheme based on the abovementioned consumption-scenario. This is explained in detail in Appendix C.3.

- DALO FCA-costs is the by DALO estimated transportation costs that DALO will have to pay, if the 2010 Incoterms FCA shall apply instead of 2010 Incoterms DAP. For evaluation purposes, DALO has estimated the DALO FCA-costs as the costs of transportation that DALO has to pay in connection with an acquisition corresponding in full to the consumption-scenario described above and in Appendix C.3. The transportation costs comprise all logistics handling (administration, order processing), freight insurance, pick-up, transportation and delivery and certificates/permits needed. By taking all these relevant costs into account, DALO has estimated that the total transportation cost appertaining to an acquisition size corresponding the consumptionscenario described above will amount to a value corresponding to;

...

2. Cat. 2 – medium/large caliber; DKK 541.566

...

Hence, by taking the abovementioned elements into account, DALO will calculate the Overall Technical Evaluation Price By following the following steps.

...

- Thirdly, the tenderer's Technical Evaluation Price for the Mandatory Items is determined. This price is determined on an individual basis as either;

- 1) the tenderer's FCA Technical Evaluation Price + the relevant DALO FCA-costs, or
- 2) the tenderer's DAP Technical Evaluation Price,

depending on which amount is the lowest price.

...

Furthermore, it is emphasized that the Technical Evaluation Price for the Mandatory Items will be decisive for, whether The Agreement with regards to the Mandatory Items – for its full duration shall be based on the FCA INCOTERMS 2010 price-scheme or on the DAP INCOTERMS 2010 price-scheme. Hence, if the tenderer's FCA Technical Evaluation Price + the relevant DALO FCA-costs amounts to the lowest price, the FCA INCOTERMS 2010 price-scheme will apply, and if the tenderer's DAP Technical Evaluation Price amounts to the lowest price, the DAP INCOTERMS 2010 price-scheme will apply.

...”

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

” ...

Tender for Framework agreement regarding acquisition of Ammunition
- contract notice no. 2016/S 092 – 165045 – contract category 2

...

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 %).

The sub-criteria has been evaluated in accordance with Enclosure C to the Instructions to Tenderers, resulting in the following award of grades;

...

Mecar S.A. has performed better than you on the following requirements; REQ 84 MM (primarily the requirements regarding delivery time), REQ 40 MM LV (primarily the requirements regarding delivery time, dispersion and arming distance) and REQ 40 MMHV (primarily the requirements regarding delivery time, ballistics performance and ammunition box weight), while you and Mecar S.A have performed equally on the requirements; REQ SHARED and REQ CLIMATIC. Furthermore, Mecar S.A’s Overall Technical Evaluation Prices is significant lower than your Overall Technical Evaluation Price.

...”

“ ...

Tender for Framework agreements regarding acquisitions of Ammunition - contract notice no. 2016/S 092-165045 – contract category 3

...

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 %).

The sub-criteria has been evaluated in accordance with Enclosure C to the Instructions to Tenderers, resulting in the following award of grades;

...

Expal Systems S.A. has performed better than you on the following requirements; REQ CLIMATIC, REQ 60 mm HE AND SMK (primarily the requirements regarding delivery times and STANAG 4439 compliance) and REQ 60 mm ILL AND ILL IR (primarily the requirements regarding delivery times and deviation in width), while you and Expal

Systems S.A. have performed equally on the requirements; REQ SHARED. Furthermore, Expal Systems S.A.'s Overall Technical Evaluation Prices is significant lower than your Overall Technical Evaluation Price.

...

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

RWM har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har RWM gjort gældende, at FMI har givet tilbudsgiverne forskellige grundlag for deres afgivelse af tilbud i leveringsvilkår og ikke har taget højde herfor ved evalueringen af tilbuddene, herunder tilbuddenes pris og risiko.

Med opstilling af muligheden og betingelserne for de forskelligrettede vilkår for tilbudsgivernes afgivelse af tilbud i forhold til leveringsvilkårene har FMI dermed tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i strid med forsvarsdirektivets artikel 4, hvilket har haft væsentlig og direkte betydning for tildelingsbeslutningen.

Mecar S.A. og Expal Systems S.A. har ikke opfyldt og vedlagt behørig dokumentation for de afgivne tilbud i relation til de krav og mindstekrav, der er stillet til tilbuddet i udbudsbetingelserne.

Særligt vedrørende påstand 3 og 4 har RWM gjort gældende, at FMI har haft pligt til at afvise tilbuddene fra Mecar S.A. henholdsvis Expal Systems S.A., og at FMI's tildelingsbeslutninger på den baggrund skal annulleres.

FMI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

FMI har ved evalueringen af tilbuddene foretaget en vurdering af tilbuddenes overholdelse af udbudsmaterialets krav, herunder af konditionsmæssigheden af tilbuddene. FMI har gennemgået de indkomne tilbud og konstateret, hvorvidt alle mindstekrav og tilknyttede dokumentationskrav var op-

fyldt i overensstemmelse med beskrivelsen heraf i udbudsmaterialet samt gennemgået tilbuddene for eventuelle forbehold.

FMI har ikke ved denne konditionsmæssighedsvurdering fundet forhold, der medfører, at de vindende tilbudsgivere, Mecar S.A. på delaftale 2 og Expal Systems S.A. på delaftale 3, er ukonditionsmæssige, og FMI har med rette fundet mindstekravene opfyldt.

Det bestrides, at FMI herudover har været forpligtet til at efterprøve tilbudsgivernes opfyldelse af mindstekravene ud over det beskrevne i udbudsmaterialet.

Endvidere bestrides det, at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at tildele kontrakterne til henholdsvis Mecar S.A. og Expal Systems S.A.

Beregningen af transportomkostningerne er blevet foretaget i fuld overensstemmelse med udbudsbetingelserne og direkte på grundlag af de samlede evalueringstekniske priser, og der er herved taget højde for de forskellige vilkår, der ligger i FCA og DAP levering. Valget mellem de to evalueringstekniske priser har desuden ikke haft nogen afgørende betydning for resultatet.

Særligt for så vidt angår påstand 2 gøres det gældende, at selv hvis RWM havde opnået 8 point mere i besvarelsen af krav 5.0.6 og 5.1.8 for "Operational Capacity", ville det ikke have haft relevant betydning for den samlede evaluering, idet karaktererne på de pågældende evalueringskrav er af helt perifer betydning sammenholdt med det samlede antal point, der kan opnås under underkriteriet. Hertil kommer, at især den markante prisforskel mellem RWM og den vindende tilbudsgiver var udslagsgivende for konkurrencen.

FMI har endvidere anført, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte FMI's tekniske og faglige vurdering af de stillede krav i forbindelse med evalueringen.

FMI har gjort gældende blandt andet, at selv hvis RWM skulle få medhold i, at FMI har evalueret evalueringskrav forkert, vil dette være uden betydning for udfaldet af den samlede evaluering, hvor RWM på begge delaftaler

tabte til de vindende tilbudsgivere med en meget stor margin. Det samme gælder i relation til evalueringen af transportomkostningerne ved FCA henholdsvis DAP.

De påståede overtrædelser i relation til evalueringen af transportomkostningerne og de omtvistede evalueringskrav er derfor konkret uden betydning for tildelingen, og der er derfor allerede af denne grund ud fra en konkret væsentlighedsvurdering ikke grundlag for at annullere FMI's tildelingsbeslutning.

Ad uopsættelighed

RWM har gjort gældende, at der foreligger uopsættelighed. Hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, vil RWM ikke kunne stilles, som hvis FMI's overtrædelse af udbudsreglerne aldrig var sket, da en eventuel senere tilkendt erstatning ikke vil afbøde det tab af image- og markedsføringsmæssig status, RWM vil lide, herunder i forhold til øvrige igangværende udbud, hvilket bestyrkes af kontraktens høje værdi og markedets status, hvor RWM konkurrerer intensivt med de øvrige aktører. Kravene til uopsættelighed skal ikke sættes højt i en situation som den foreliggende, hvor FMI's overtrædelse af udbudsreglerne er klar og betydningsfuld.

FMI har gjort gældende, at RWM ikke har godtgjort, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab ved at afvente afgørelsen i hovedsagen. At senere tilkendt erstatning efter RWM's opfattelse ikke vil afbøde et tab af image- og markedsføringsmæssig status ændrer ikke herpå. Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

RWM har gjort gældende, at denne betingelse tillige er opfyldt. Der er tale om en økonomisk meget væsentlig kontrakt, og det er derfor helt generelt væsentligt, at kontrakten tildeles i overensstemmelse med udbudsreglerne. Det har ikke af udbudsmaterialet eller offentliggjorte dokumenter i øvrigt fremgået, at den udbudte kontrakt er et udtryk for et aktuelt og presserende behov hos FMI.

FMI har gjort gældende, at FMI har en betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Det har væsentlig økonomisk og planlæg-

ningsmæssig betydning, at FMI kan indgå kontrakt med de vindende tilbudsgivere, idet der med ammunitionen, der skal indkøbes under delaftale 2 og delaftale 3, er tale om kritiske og nødvendige ydelser for det danske forsvaret.

Disse hensyn vejer tungere end RWM's interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning, herunder også fordi et evt. tab hos RWM kan kompenseres ved erstatning. Også en interesseafvejning tilsiger således i sig selv, at begæringen om opsættende virkning ikke tages til følge.

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 betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at Rheinmetall Waffe Munition GmbH ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig "*fumus boni juris*", at Rheinmetall Waffe Munition GmbH ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at klageren vil lide en uoprettelig skade.

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

Det bemærkes i den forbindelse, at det udgør en normal kommerciel risiko, når en virksomhed deltager i et udbud, og at virksomheden derfor aldrig kan regne med at få tildelt kontrakten, hvilket virksomheden må tage i betragtning.

Oplysningerne, der er fremkommet fra Rheinmetall Waffe Munition GmbH om, at en eventuel senere tilkendt erstatning ikke vil afbøde det tab af image- og markedsføringsmæssig status, Rheinmetall Waffe Munition GmbH vil lide, herunder i forhold til øvrige igangværende udbud, hvor Rheinmetall Waffe Munition GmbH konkurrerer intensivt med de øvrige aktører, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at betingelsen om uopsættelighed kan anses for opfyldt.

Det forhold, at Rheinmetall Waffe Munition GmbH ved brev af 13. juli 2017 har anmodet Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse om aktindsigt i udbudssagen, og at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbs-

styrelse har meddelt, at anmodningen ikke kan forventes færdigbehandlet før 22. september 2017, kan ikke føre til et andet resultat.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig