

K E N D E L S E

Saab Dynamics AB
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Århus)

mod

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

Ved udbudsbekendtgørelse 2016/S 092-165045 af 10. maj 2016 iværksatte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI") et EU-udbud med forhandling i henhold til forsvars- og sikkerhedsdirektivets 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 forsvars ammunitionsindkøb.

Denne sag angår Delaftale 2 "Medium/Large Caliber (MEDICAL/LARGE CAL)".

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 20. juni 2016 havde blandt andet Saab Dynamics AB ("SD") og Mecar S.A. ("MS") anmodet om prækvalifikation.

I september 2016 besluttede FMI at prækvalificere SD, MS og to andre tilbudsgivere, der blev opfordret til at afgive indikativt tilbud.

Tre af de prækvalificerede virksomheder indgav indikativt tilbud, mens en virksomhed afstod herfra.

Ved brev af 24. maj 2017 opfordrede FMI tilbudsgiverne til at afgive et endeligt tilbud senest den 23. juni 2017. Det reviderede udbudsmateriale var vedlagt brevet.

Indenfor fristen modtog FMI endelige tilbud fra SD og MS.

Den 3. juli 2017 besluttede FMI at afvise SD's tilbud som ukonditionsmæssigt.

Samtidig meddelte FMI, at kontrakten vedrørende delaftale 2 ville blive tildelt til MS.

Den 13. juli 2017 indgav SD klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. SD fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Den 11. august 2017 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Den fortsatte skriftveksling i sagen har herefter afventet en afgørelse af SD's anmodning om aktindsigt. Klagenævnet traf afgørelse herom den 11. januar 2018.

Klagen har været behandlet skriftligt.

SD har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Forsvarsindkøbsdirektivets artikel 4 ved at have afvist tilbuddet fra Klager som ukonditionsmæssigt.

Påstand 2:

Klagenævnet skal annullere FMI's beslutning om at afvise Klagers tilbud.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt Forsvarsind-

købsdirektivets artikel 4 ved ikke at have erklæret Mecar Systems S.A's tilbud ukonditionsmæssigt, uanset at tilbuddet ikke opfylder det ufravigelige mindstekrav fastsat i pkt. 4.1.3 i Appendix C.1 vedrørende den såkaldte "fuze", der skal kunne indstilles allerede fra minimum 100 meter og op til den effektive rækkevidde med minimum 50 meters intervaller ("The fuze shall be able to be set from 100 meters to the effective range").

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt Forsvarsindkøbsdirektivets artikel 4 ved ikke at have erklæret Mecar Systems S.A's tilbud ukonditionsmæssigt, uanset tilbuddet ikke opfylder det ufravigelige mindstekrav fastsat i pkt. 4.5.1 i Appendix C.1 vedrørende den effektive rækkevidde på minimum 1.800 meter ("The round shall have an effective range of minimum 1800 meters").

Påstand 5:

Klagenævnet skal annullere FMI's beslutning af 3. juli 2017 om at tildele rammeaftalen til Mecar Systems S.A. vedrørende ammunitionsudbuddet nr. 2016/S 092-165045 (delaftale 2), jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2."

FMI har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

FMI iværksatte som nævnt ved udbudsbekendtgørelse 2016/S 092-165045 af 10. maj 2016, der blev offentliggjort den 13. maj 2016, 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 forsvars ammunitionsindkøb.

Delaftalerne omfattede:

Delaftale 1: Small Caliber (SMALLCAL)

Delaftale 2: Medium/Large Caliber (MEDCAL/LARGEAL)

Delaftale 3: Indirect (INDIRECT)

Delaftale 4: Pyrotechnics (PYRO)

Denne sag vedrører som anført Delaftale 2, der ifølge udbudsbekendtgørelsen havde en værdi på mellem 200.000.000 og 350.000.000 kr. (uden moms).

Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”Price” (70 %) og ”Operational Performance” (30 %).

I rammeaftalens afsnit 2 var der fastsat blandt andet følgende definitioner:

”**Defect**” shall mean the non-performance of a Delivery Item, i.e. when the Delivery Item does not conform to the Purchase Order, the provisions of the Agreement (including being Fit for Purpose), applicable industry standards and/or good workmanship.

...

”**System Defect**” shall mean a Defect latent in all or almost all (at least 2 %) Products within a given ammunition lot already delivered.”

Videre hed det i rammeaftalens pkt. 10 om ”warranty”:

“In the event of a System Defect, the Supplier shall remedy the Defect in Items supplied, regardless of whether the System Defect is noted in each specimen of the Items supplied and regardless of whether the warranty for the Items in question has expired.”

I rammeaftalens Appendix C.1 var der fastsat en række krav til 84 mm ammunitionen i relation til udbuddets delaftale 2.

Af bilagets ”classification scheme” fremgik blandt andet, at såfremt der ud for et krav stod ”M”, betød dette:

”A mandatory requirement shall be fulfilled by the tenderer. If a mandatory requirement is not fulfilled, the tender will be excluded from further evaluation”.

Under pkt. 4.0.3 var det vedrørende ”General requirements for all 84 MM variants” fastsat:

”All 84MM variants, except HEAT TRAINING, shall be armed between 10 and 80 meters from the muzzle.”

Som obligatorisk krav (M) var i pkt. 4.1.3 vedrørende 84mm High Explosive (HE) fastsat:

”The fuze shall be able to be set from 100 meters to the effective range with 50 meters intervals (hence, from 100 meters, 150 meters, 200 meters, etc.)”

Ud for kravets rubrik vedrørende ”Documentation” var der anført et ”D”, som i henhold til bilagets ”documentation scheme” betød, at ”The offer shall include valid documentation or description.”

I pkt. 4.5.1 var der som yderligere obligatorisk krav (M) vedrørende 84MM Illumination ammunition fastsat:

”The round shall have an effective range of minimum 1800 meters.”

Dette krav skulle dokumenteres på tilsvarende måde som kravet i pkt. 4.1.3.

I Instructions to Tenderers var det blandt andet fastsat:

“8. SUBMISSION AND DETAILED DESCRIPTION OF BAFO

8.1 Revised tender documents

After having conducted the negotiations, DALO may issue a revised set of tender documents (contract wording and specifications alike) based on the experience from the negotiations, including the tenderer’s identification of possible cost drivers and risk factors and suggestions for changes.

...

8.3 Detailed description of BAFO

...

Because no further negotiations are expected to take place, each individual tenderer’s BAFO should be worded in a way which makes it possible to conclude the Contract without any further discussion between the tenderer and DALO. The BAFO should therefore be accurate in every respect, deal with all relevant conditions and contain all necessary information.

The BAFO must comply with all Mandatory Requirements and Key Requirements in the revised tender documents and all information required should be submitted. Failure to do so may lead to the rejection of the BAFO.

...

8.4 Possible request for an extra BAFO

...

If DALO finds the wording of the BAFO to be ambiguous, DALO reserves the right to - also with due respect of the principles of equality and transparency - ask the tenderer in question to clarify the ambiguity. DALO also reserves the right to ask the tenderers to submit information requested in the tender documents but missing in the BAFO.

...

9. REQUIREMENTS AND RESERVATIONS

...

9.2 Categorisation of the tender documents and reservations Regarding the Contract (draft) and Appendices

The Contract and Appendices are Key Requirements in their entirety, with the exception of the Requirements Specifications in Appendix A, cf. below.

...

In the BAFO, the tenderer is not allowed to make reservations with regard to the provisions in the Contract and Appendices.

...”

SD blev i september 2016 sammen med tre andre tilbudsgivere, herunder MS, prækvalificeret til at afgive tilbud.

Efter at SD havde indleveret sit første, indikative tilbud, blev der den 3. april 2017 afholdt et forhandlingsmøde mellem SD og FMI, hvor SD bragte en række forhold op i forhold til udbudsmaterialet.

Af FMI's referat fra forhandlingsmødet fremgik, at SD blandt andet bragte følgende forhold op:

“4. Risk Factors and Cost Drivers, based in the tenderers Enclosure A...

ID. NO.	ISSUE	DESCRIPTION / REFERENCE	VALUE	DALO RE-MARK
1.3	The definition of "Defect" in Clause 2 of the Framework Agreement is open for subjective interpretation what is a defect.	<p>Saab Dynamics propose that the Clause is amended to include an objective interpretation of what a defect is.</p> <p>Current wording: "Defect shall mean the non-performance of a Delivery Item, i.e. when the Delivery item does not conform to the Purchase Order, the provisions of the Agreement (including being Fit for Purpose), applicable industry standards and/or good workmanship."</p> <p>Proposed new wording: "Defect shall mean the non-performance of a Delivery Item, i.e. when the Delivery Item does not conform to the <u>contractual product specifications.</u>"</p>	Included in overall risk add-on.	This is noted by DALO and will be taken into consideration when revising the tender material.
...				
1.5	Clause 2 in the Framework Agreement defines a system defect failure level of 2%. This is much more stringent than the acceptance criterias for the offered 84mm products (up to AQL 6,5%)	According to the 84mm products specifications, some requirements have an Acceptable Quality Level (AQL) of up to 6,5%. For this reason, Saab Dynamics propose that the Systems Defect Level is aligned with the product specifications rather than set to the arbitrary number 2%	Included in overall risk add-on.	Subject to discussion.

I det referat fra mødet, som SD underskrev, anførte SD blandt andet følgende:

- “3. Regarding ID No. 1.5: SAAB Dynamics explains that their Products are designed for an AQL up 6.5%, which is in conflict with the general 2% level stated in the definition of a system defect. SAAB Dynamics needs to have same wording in the tender that reflects the right expectations of the products, and DALO has to look into it. This is noted by DALO.”

Ifølge referatet fra forhandlingerne bragte SD blandt andet yderligere fire forhold (id.nr. 1.22-1.25) vedrørende Special Appendix 2(A) op.

Ændringsforslagene blev ikke imødekommet af FMI ved udarbejdelsen af den endelige rammeaftale.

Det fremgik af det underskrevne referat, at FMI i øvrigt vejledte SD om følgende i forhold til at indlevere konditionsmæssigt tilbud:

- ”5. In general, DALO stated that SAAB Dynamics has the sole responsibility of submitting a conditional BAFO in accordance with the revised tender material, and that the above mentioned issues – and possible other issues not discussed at this meeting – may be seen as reservations to the tender material...”

Ved brev af 24. maj 2017 blev tilbudsgiverne opfordret til at afgive et endeligt tilbud (BAFO). Brevet var vedlagt det reviderede udbudsmateriale, herunder en revideret rammeaftale, hvor FMI alene havde foretaget en ændring til afsnit 22 vedrørende kontraktdokumenternes forrang (”Precedence and interpretation”). Special Appendix 2(A) blev samtidig fremsendt i uændret form.

I brevet stod blandt andet:

- ”DALO has made a Correction Sheet no. 2, which gives an overall description of the changes to the tender documents. Hence, the Correction Sheet no. 2 does not necessarily describe all changes in details, as the changes are made with track changes, and hence can be seen directly in the changed word documents, cf. Instructions to Tenderers, clause 8.3. The tenderers are thus encouraged to read through the tender documents carefully.

The tenderers are specifically made aware, that the negotians has given occasion for alternation of the method for DALO's assessment of the transportation costs (DAP contra FCA) and the scheme in Appendix C.3 under which the tenderers shall provide prices. Hence, the nature of Appendix C.3 has been altered in such way, that tenderers now must submit prices in both FCA INCOTERMS 2010 and DAP INCOTERMS 2010. Consequently, Appendix C.3 has been altered to a great extent (also the reading guide and the evaluation estimate-sheet), and the tenderers are encouraged to thorough read both the new Appendix C.3 and the relevant content in Enclosure C (evaluation method) to the Instructions to Tenderers.

Furthermore, tenderers are now allowed to offer Non-Mandatory Items in either FCA INCOTERMS 2010 or DAP INCOTERMS 2010. The tenderers are specifically made aware that the offered INCOTERMS-scheme in Appendix C.4 will apply for the Non-Mandatory Items offered by the tenderer, notwithstanding that a different INCOTERMS-scheme shall apply for the Mandatory Items. Hence, it is possible that the final framework agreement will contain regulations regarding both DAP INCOTERMS 2010 and FCA INCOTERMS 2010.

The tenderers are solely responsible that the BAFO complies with all Mandatory Requirements, cf. Instructions to Tenderers, clause 9.1. As the Key Requirements shall be seen as Mandatory Requirements in the BAFO and in order to make the reading of the requirements specifications more comfortable, all Key requirements (marked with a "K") has been changed to either a Minimum Requirement (marked with a "M") or a Conditional Requirement (marked with a R"), cf. the description of the Key Requirements at BAFO-stage stated in Instructions to Tenderers, clause 9.1.2.

...”

I rammeaftalens reviderede afsnit 22 vedrørende kontraktdokumenternes forrang ("Precedence and interpretation") var det fastsat:

”...

If there is a discrepancy between the wording of this Agreement, the wording of Appendices A-H, the wording of the Special Appendices set out in clause 17 and/or the wording of the Purchase Order, the following documents shall take precedence:

1. This framework agreement (the Agreement)
2. The Special Appendices and special provisions set out in clause 17
3. Appendices A.1-A.3

4. Appendices B + D-H
 5. Appendices C.1-C.5 and the Suppliers submitted sub-appendices to Appendices C.1-C.5.
 ...”

Ved e-mail af 12. juni 2017 til FMI stillede SD en række spørgsmål, herunder:

” ...

We are currently working on our BAFO for the type 2 ammo and we have a few questions that we would like to address to you:

...

5. In the Framework agreement we can't find any direct referrals to The product/delivery specifications, we believe that they should be included in the frame work agreement as appendices, please clarify.

...”

FMI besvarede spørgsmålet den 14. juni 2017 og henviste i den forbindelse til en opdateret version af rammeaftalen.

SD indsendte sit endelige tilbud til FMI inden for den fastsatte frist for tilbudsafgivelse den 23. juni 2017.

I tilbudsbrevet stod der blandt andet følgende:

“2.4 Clarification of Saab Dynamics AB’s interpretation of terms and conditions

This offer is fully compliant to the terms and conditions in framework agreement supplied with the invitation to tender (Documents id 100 to 128 in this offer).

However, since some of the terms and conditions are subject to interpretation, Saab Dynamics has clarified its view on those in Annex B hereto.

...”

SD vedlagde i forbindelse med tilbuddets indlevering et bilag til sit tilbud, ”Annex B to Cover letter Clarification of Saab Dynamics AB’s interpretation of the terms and conditions”.

I Annex B skrev SD blandt andet følgende:

“The current procurement process do not open up for detailed discussions between DALO and a potential supplier regarding the intentions and interpretations of the various terms and conditions. Hence, Saab Dynamics AB would like to clarify its interpretation of some of the terms and conditions stated in the request for BAFO:

No	Reference	Saab Dynamics AB's interpretation
1	General	Even though not clearly stated in the terms and conditions, Saab Dynamics AB assumes that items delivered under the framework agreement shall conform to specified delivery/product specifications. These specifications shall form an integral part of the awarded framework agreement. Lot acceptance testing is performed against these specifications (for which the test procedures will be described in the Quality Plan)
2	Framework agreement, Clause 2 – DEFINITIONS	The framework agreement defines System Defect as: <i>"System Defect" shall mean a Defect latent in all or almost all (at least 2 %) Products within a given ammunition lot already delivered.</i> Saab Dynamics interpret this clause as being applicable to deficiencies that are outside what is specified in the delivery/product specifications (see point 1 above). For example, if the delivery/product specifications states an acceptable quality level of X for property Y, then this 2% requirement does not apply for that specific property Y.

”

Den 3. juli 2017 afviste FMI SD's tilbud som ukonditionsmæssigt. I afgørelsen hed det:

” ...

In accordance with section 9 of the Instructions to Tenderers, the tenderer must fulfil all Key Requirements in the BAFO. BAFOs that do not comply with all Key Requirements (“non-compliant offers”) will not be taken into consideration.

The framework agreement and appendices are Key Requirements in their entirety, with the exception of the Requirements Specifications in Appendix A, cf. section 9.2 of the Instructions to Tenderers.

You has as a part of your BAFO submitted Annex B; “Clarification of Saab Dynamics AB's interpretation of the terms and conditions”, in which the following is stated;

...

Regarding No 1: DALO interpret the remark in such a way that your Lot acceptance testing and the acceptance criteria connected hereto will be based on your own delivery/product specifications. Hence, the Lot acceptance testing will not be based on Appendix A.2 to the Framework Agreement (Requirements Specification) as required in accordance with Special Appendix 02(A) to the Framework Agreement.

Regarding No. 2: DALO interpret the remark in such way that the defect level of 2 % stated in the definition of "System Defect" shall not apply under certain circumstances. This is by DALO deemed to be a limitation of the scope of application of the definition "System Defect" and hence, in general, a limitation of DALO's legal position, as stipulated in the framework agreement, in connection with disputes regarding Defects/System Defects.

DALO deems these remarks No. 1 and No. 2 each to constitute reservations to Key Requirements in the framework agreement and hence, DALO deems that your BAFO does not comply with all Key Requirements, as required in section 9 of the Instructions to Tenderers.

Consequently, as required by the EU public procurement rules, your offer (BAFO) has been found non-compliant by DALO and has not been taken into consideration for the award of the contract.

..."

FMI underrettede samtidig SD om, at kontrakten vedrørende Delaftale 2 var tildelt MS, som FMI efterfølgende indgik kontrakt med.

MS bekræftede i sit tilbud at opfylde mindstekrav 4.1.3 og henviste i den forbindelse til "specification of the fuze AS.84.11.11.04 in Response Annex 11".

Af "specification AS.84.11.11.04" fremgik blandt andet under pkt. 3.2 "Functional range":

"The safety distance is 20 m and the arming distance is 80m.

The fuze may be set between 0.5 to 7.5 s. in addition, it is equipped with a graduated scale in 10 m increments between 120 to 1300 m."

I en revideret specifikation AS.84.11.11.04 fra april 2017, som FMI har indhentet efter replikkens indlevering, fremgik:

”The safety distance is 20 m and the arming distance is 80m.

The fuze may be set between 0.4 to 7.5 s. in addition, it is equipped with a graduated scale in 10 m increments between 100 to 1300 m; the marking of the 50 m increment (ie.: 150, 250,...) have a special identification (longer feature). For the user, only the setup of the fuze with the distance will be visible.”

Ifølge tilbuddets Response Annex 10 - FT 84-HE-1 havde MS’ tilbudte 84MM HE ammunition følgende "firing table":

FT 84-HE-1									
HE M540		MUZZLE VELOCITY, 240.00 M/S							
RANGE	SUPER-ELEVATION	DX/DSE	DH/DX	DRIFT	TIME OF FLIGHT	MAXIMUM ORDINATE	RANGE TO MAXIMUM ORDINATE	ANGLE OF FALL	REMAINING VELOCITY
METERS	MILS	M/MIL	M/100M	MILS	SEC	METERS	METERS	MILS	M/S
0	.00	12	.0	.0	.0	.0	0	0	240
50	4.39	12	.4	.1	.2	.1	26	5	236
100	8.90	11	.9	.1	.4	.2	51	10	231
150	13.53	11	1.4	.2	.6	.5	76	15	226
200	18.29	11	1.9	.3	.9	.9	102	20	222

MS bekræftede i tilbuddet endvidere at opfylde mindstekrav 4.5.1 og henvisede i den forbindelse til ”datasheet in Response Annex 1 and specification AS.84.12.05 (see Response Annex 2)”.

I Response Annex 1 var der under afsnittet ”Performance” vedrørende 84MM ILL M542 blandt andet anført følgende:

”Muzzle velocity (at 21 °C) (nominal).....260m/s
 Range to burst -max.....1700m
 -min..... 500m
 Burst height.....200m”

I de tekniske data vedrørende 84MM Illumination ammunitionen var det i Response Annex 11 blandt andet beskrevet, at den ”settable function range” var ”500, 800, 1100, 1400, 1700 metres”.

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

SD har overordnet gjort gældende, at virksomhedens tilbud ikke indeholdt forbehold, og at tilbuddet derfor var konditionsmæssigt. FMI tilsidesatte derfor principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

SD har nærmere anførte, at SD's bilag "Annex B Clarifications of Saab Dynamics AB' interpretation of the terms and conditions" vedrørende rammeaftalen og tilhørende betingelser ikke kunne danne grundlag for afvisning af tilbuddet. Bilaget indeholdt hverken indholdsmæssigt eller formuleringsmæssigt et forbehold. Der var derimod tale om præciseringer af branchemæssig karakter og standard, der allerede indgik i udbudsmaterialet, og som i øvrigt allerede fulgte af parternes fælles forståelse af aftalekomplekset og SD's berettigede forventning herom.

Kravene, der stilles til ammunitionens tekniske ydeevne samt sikkerhed, er normalt specificeret i produktspecifikationen. I dette dokument eller en hertil hørende kvalitetsplan vil der typisk være defineret en nærmere udspecificeret procedure for, hvordan den pågældende ammunition skal testes for at opfylde kravene til den tekniske ydeevne og til sikkerheden. Produktspecifikation vil typisk være en integreret del af kontrakten mellem kunden og leverandøren.

I FMI's udbudsmateriale var der ikke eksplicit nævnt produktspecifikationer eller lignende specifikationer, der ville kunne sidestilles hermed. Kravene i Appendix A.2 var irrelevante i den henseende og kunne ikke testes efter den sædvanlige fremgangsmåde.

I henhold til den reviderede rammeaftale, afsnit 22 "Precedence and Interpretation", kunne tilbudsgiverne tilføje en produktspecifikation som en del af kontrakten.

Det, som SD anførte i Annex B vedrørende produktspecifikationer, var derfor alene en præcisering i overensstemmelse med rammeaftalens afsnit 22, således at produktspecifikationerne udgjorde en del af kontrakten.

I forløbet op til indlevering af SD's BAFO var det ifølge referatet fra mødet den 3. april 2017 på tale, at "Defect shall mean the non-performance of a "Delivery Item", i.e. when the Delivery Item does not conform to the contractual product specifications".

SD noterede sig, at FMI ville tage dette i betragtning ved revisionen af udbudsmaterialet. Derfor forudsatte SD, at udbudsmaterialet pr. 12. juni 2017 var i overensstemmelse hermed.

Da SD for en sikkerheds skyld spurgte FMI nærmere ind til "...we can't find any direct referrals to the product/delivery specifications, we believe that they should be included in the frame work agreement as appendices, please clarify", henviste FMI ved besvarelsen af spørgsmålet blot til en opdateret version af rammeaftalen.

På den baggrund var SD berettiget til at gå ud fra, at der ville være tale om en "defect" i overensstemmelse med den dialog, der havde været mellem parterne.

I SD's "Annex B to Cover letter" anførte SD endvidere en præcisering af forholdet mellem definitioner i henholdsvis rammeaftalen og produktspecifikation. Denne præcisering er ikke et forbehold i udbudsretlig forstand.

Ud fra SD's eksempel i "Annex B to Cover letter" vil der slet ikke kunne være tale om en "Defect", når et produkt Y lever op til level X, og dermed kan det heller ikke være et forbehold at understrege, at kravet om de 2% gælder for øvrige forhold.

Produktspecifikationer udgør sammen med den egentlige købsaftale én samlet aftale og skal fortolkes i sammenhæng. En afvigelse fra produktspecifikationen vil under normale omstændigheder udgøre en "Defect".

I produktspecifikationen vil en række produkter være givet en endnu lavere procentsats for "Defects". Det kan ikke have været FMI's ønske, at der i henhold til rammeaftalen først skulle være tale om en mangel, når ammunitionen viste sig at have en fejlprocent på 2%. En sådan udlægning af definitionen "System Defect" kan ikke, på baggrund af gældende branchespecifikke forhold og normer, have været FMI's hensigt, da en sådan udlægning vil medføre, at en fejlprocent på eksempelvis 1,99% for så vidt angår sik-

kerhedsrelaterede fejl dermed vil være acceptabelt. Særligt for så vidt angår sikkerhedsrelaterede fejl gælder der inden for våbenindustrien en nul-tolerance, hvilket også fremgår af SD's egen produktspecifikation. Derfor er der ikke tale om et forbehold, men derimod alene en henvisning til gængse branchestandarder og normer, når SD i sit tilbud henviser til sig egen produktspecifikation i relation til en eventuel mangelvurdering.

Tilbuddets konditionsmæssighed støttedes også af, at det i virksomhedens brev, hvorved tilbuddet blev fremsendt, stod, at tilbuddet i sin helhed var konditionsmæssigt.

Beslutningen om at afvise SD's tilbud skal på den baggrund annulleres, da FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved uretmæssigt at afvise SD's tilbud som ukonditionsmæssigt.

FMI har gjort gældende, at det var berettiget at anse de omhandlede bemærkninger i tilbudsbrevet og Annex B som forbehold – både samlet set og hver for sig – og på denne baggrund afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Bemærkningerne i Annex B må forstås således, dels at SD betingede sig, at accept-testen skulle foretages i overensstemmelse med retningslinjerne i produktspecifikationerne frem for retningslinjerne i Special Appendix 2(A), dels at SD's egne produktspecifikationer i visse tilfælde skulle have forrang for "System Defect"-definitionen, således at den heri anførte tærskel kunne være højere end 2 %, hvilket stred mod rammeaftalens afsnit 22. Dette støttes også af, at bemærkningerne svarede til de ændringsønsker, som SD havde fremsat under forhandlingerne, men som ikke blev implementeret i rammeaftalen.

I henhold til udbudsmaterialet var det ikke tilladt i det endelige tilbud at tage forbehold over for rammeaftalen og dens bilag. Derfor var FMI både berettiget og forpligtet til at afvise klagers tilbud.

SD's erklæring i tilbudsbrevet om, at tilbuddet var konditionsmæssigt, ændrer ikke herpå, da erklæringen herom var betinget af SD's fortolkning.

FMI har bestridt, at de forhold, som SD har anført, allerede fremgik af rammeaftalen, og at det skulle være udtryk for parternes fælles forståelse,

eller at SD skulle være bibragt en berettiget forventning herom. Der blev på forhandlingsmøderne ikke truffet beslutning om eventuelle ændringer af udbudsmaterialet. FMI anvendte alene dialogen på forhandlingerne som input til at vurdere, hvorvidt der skulle foretages ændringer. Ændringerne blev i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes afsnit 8.1 og det under forhandlingsmøderne oplyste, alene meddelt tilbudsgiverne i det reviderede udbudsmateriale, som blev udsendt sammen med opfordringen til at afgive det endelige tilbud.

Der er derfor ikke grundlag for at annullere FMI's beslutning om at afvise SD's tilbud som ukonditionsmæssigt.

Selv hvis SD måtte få medhold i påstand 1, ændrer dette ikke på resultatet af evalueringen, hvorved tildelingen af rammeaftalen skete til MS, idet SD's tilbud langt fra var konkurrencedygtigt, selv hvis det havde været konditionsmæssigt, og tilbuddet opfyldte ikke FMI's forventninger til forholdet mellem pris og kvalitet. De påståede overtrædelser er derfor uden betydning for tildelingen af kontrakten.

Ad påstand 3

SD har gjort gældende, at tilbuddet fra MS var ukonditionsmæssigt, da det ikke opfyldte det ufravigelige mindstekrav fastsat i pkt. 4.1.3 i Appendix C.1.

I Appendix C.1, pkt. 4.1.3 fremgik om kravene til 84MM High Explosive (HE) ammunitionen i relation til udbuddets delaftale 2, at "The fuze shall be able to be set from 100 meters to the effective range with 50 meters intervals (hence, from 100 meters, 150 meters, 200 meters, etc.)"

Dette krav var et ufravigeligt mindstekrav. Kravet indebar, at ammunitionen skulle kunne bringes til udløsning allerede ved - eller tidligere end - 100 m.

FMI krævede dokumentation for opfyldelsen af mindstekravet og var dermed forpligtet til at gennemgå den af MS medsendte dokumentation, uanset MS generelt ved fremsendelsen erklærede at opfylde mindstekravet. Dette særligt da FMI havde krævet "valid" dokumentation/beskrivelse af opfyldelsen af mindstekravet.

Til dokumentation for opfyldelsen af mindstekravet henviste MS til "specification of the fuze AS.84.11.11.04" i Response Annex 11. Heraf fremgik: "The fuze may be set between 0.5 to 7.5 s. in addition, it is equipped with a graduated scale in 10 m increments between 120 to 1300 m."

Ved at sammenholde kolonne 6 "time of flight" med kolonne 1 "range" i ammunitionens "firing table", der illustrerer en række tekniske specifikationer vedrørende ammunition fra det øjeblik, ammunitionen affyres fra våbenet og forlader våbnets løb, kan det ses, at projektilet allerede ved 0,4 sekunder vil have tilbagelagt en distance på 100 meter.

Den såkaldte "fuze" – der våbenteknisk fungerer som en slags timer, hvor det kan indstilles, hvornår projektilet skal udløses/eksplodere – kan imidlertid, som det lavest mulige, først indstilles til udløsning efter 0,5 sekunder, jf. "specification of the fuze AS.84.11.11.04", hvorefter projektilet vil have tilbagelagt en distance på over 100 meter.

Det fremgik således udtrykkeligt af MS' tilbud og vedlagte dokumentation, at MS' 84MM High Explosive (HE) ammunition ikke opfyldte det stillede mindstekrav til produktet, idet den såkaldte "fuze" ikke kunne bringes til udløsning allerede fra 100 meter, men først fra 120 meter.

Den manglende opfyldelse af det ufravigelige mindstekrav om, at "fuzen" skulle indstilles til at kunne bringes til udløsning/eksplosion allerede fra 100 meter, medførte en forpligtelse for FMI til at afvise MS's tilbud, da MS' dokumentation for opfyldelsen af mindstekravet viste, at "fuzen" først kunne indstilles til at bringes til udløsning fra 120 meter.

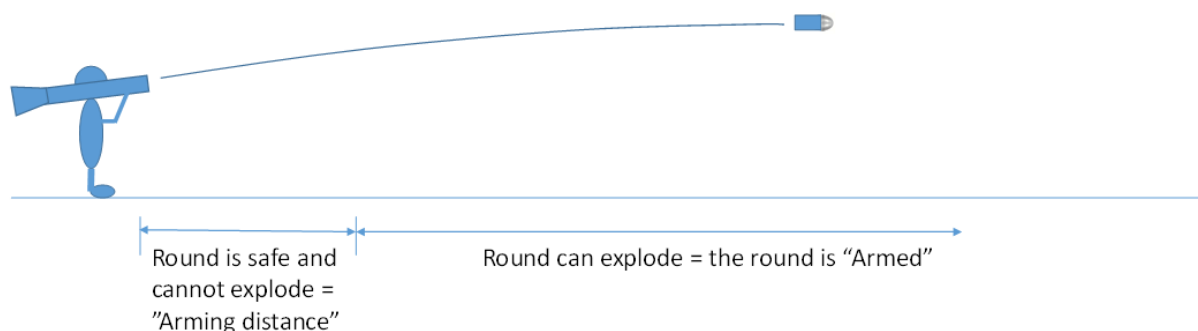
Det bestrides, at det som MS har oplyst i sit tilbud vedrørende armeringsafstanden kan føre til, at tilbuddet var konditionsmæssigt.

"Armeringsafstanden" og indstilling af "fuzen" på projektilet er rent våbenteknisk to forskellige ting. Armeringsafstanden er blandt andet en fra producenten fast defineret afstand, som ikke kan ændres. Derimod kan "fuzen" indstilles til at bringe projektilet til udløsning inden for nærmere bestemte intervaller.

Armeringsafstanden er den afstand projektilet skal tilbagelægge før projektilet kan udløses/eksploderer og er dermed en form for sikkerhedsmekanis-

me der gør, at projektilet ikke kan eksplodere, før det har tilbagelagt en vis afstand fra skytten. MS har i sin specifikation anført, at armeringsafstanden var 80 meter. Dette betyder, at projektilet først efter 80 meter kunne bringes til udløsning/eksplodere. Dette kan illustreres således:

Armeringsafstand/Arming distance:



FMI's krav til armeringsafstanden vedrørende 84 MM ammunitionen var behandlet selvstændigt under afsnittet "General Requirements for all 84 MM variants", jf. pkt. 4.0.3, fane "REQ 84 MM" i Appendix C.1, hvor det fremgik: "All 84MM variants, except HEAT TRAINING, shall be armed between 10 and 80 meters from the muzzle."

En udløsning/eksplosion efter 80 meter kræver imidlertid rent våbenteknisk enten, (i) at projektilet bringes til udløsning ved at ramme et nærmere fastsat mål ("impact mode"), eller (ii) at projektilet bringes til udløsning efter et nærmere indstillet tidspunkt ved at indstille den såkaldte "fuze" ("air burst mode").

Ved "impact mode" affyres projektilet mod et mål og udløses/eksploderer først, når det rammer målet, da projektilet skal være armeret for at kunne bringes til udløsning/eksplosion. En affyring i "impact mode" kan illustreres på følgende måde:

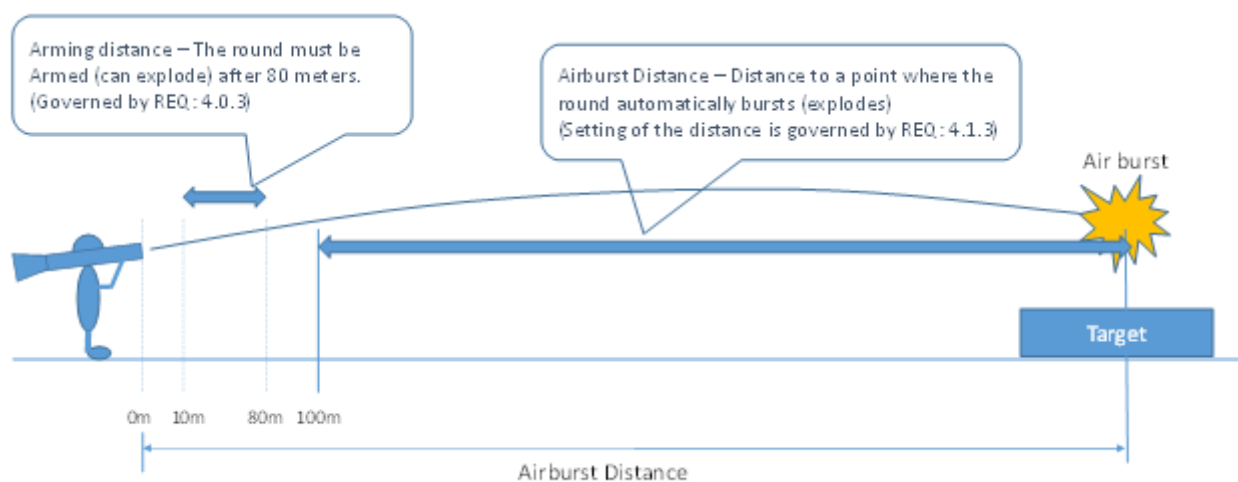
Impact mode:



Det er derfor ikke relevant at indstille en "fuze", når et projektil affyres i "impact mode", idet projektilet automatisk udløses/eksploderer, når det rammer et mål, der befinder sig længere væk end armeringsafstanden.

Affyres projektilet i "air burst mode", vil det være relevant at indstille den såkaldte "fuze". "Air burst mode" går ud på, at projektilet skal bringes til udløsning/eksplosion over et bestemt mål, dog uden at projektilet rammer selve målet. Dette kan illustreres således:

Air burst mode:



I "air burst mode" kan projektilet dog fortsat tidligst bringes til udløsning/eksplosion, når projektilet er armeret. Det vil for MS' 84MM HE ammunition være efter 80 meter. En udløsning/eksplosion i "air burst mode" kræver ligeledes en indstilling af en "fuze", idet projektilet ikke skal ramme et nærmere defineret mål, der kan bringe projektilet til udløsning/eksplosion. "Fuzen" fungerer således som timer for udløsningen/eksplosionen. Det var indstillingen af "fuzen" i "air burst mode", som mindstekravet i pkt. 4.1.3 under fanen "REQ 84 MM" i Appendix C.1 vedrørte.

Derfor har indstillingen af "fuzen" og mindstekravet i pkt. 4.1.3 ingen betydning i relation til armeringsafstanden, der i øvrigt var selvstændig behandlet i pkt. 4.0.3, hvilket også klart viser, at FMI var klar over forskellen mellem armeringsafstanden på den ene side og indstillingen af "fuzen" på den anden side, hvilket også understøttes af, at FMI er professionel indkøber af våben og sikkerhedsudstyr.

Det bestrides, at forholdet ville kunne berigtiges, såfremt FMI måtte have rettet henvendelse til MS herom, idet en sådan ændring af et endeligt tilbud ville udgøre en ulovlig forhandling.

Tilbudsgiverne var i forbindelse med afgivelsen af tilbuddet forpligtet til at inkludere "valid" dokumentation eller en "valid" beskrivelse af opfyldelsen af mindstekravet, jf. ordet "shall". Denne dokumentation hhv. beskrivelse udgjorde i sig selv et ufravigeligt mindstekrav. En tilbudsgivers manglende opfyldelse af et mindstekrav medfører, at tilbudsgivers tilbud er ukonditionsmæssigt. En efterfølgende indsendelse af dokumentation vil i den foreliggende situation således udgøre et nyt tilbud, og det ville være i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis FMI tog dette nye tilbud i betragtning.

Det følger endvidere af principperne i udbudslovens § 159, stk. 6, at ordregiver, uanset § 159, stk. 5, skal afvise et tilbud, såfremt det udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet, at den konkrete fejl eller mangel vil medføre afvisning. Af forarbejderne til udbudsloven § 159, stk. 6, fremgår det, at:

"Hvis ordregiver har fastsat kravet om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, kan stk. 5 ikke benyttes til at indhente den manglende dokumentation eller supplere eller fuldstændiggøre den indsendte dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning."

Det fremgik klart af Appendix C.1, at manglende opfyldelse af mindstekrav medfører afvisning, idet det fremgik på side 1, at "A mandatory requirement shall be fulfilled by the tenderer. If a mandatory requirement is not fulfilled, the tender will be excluded from further evaluation".

Derudover fremgik det udtrykkeligt i dokumentet "Instruction to tenderers" under pkt. 9.1, at

“The BAFO must be in compliance with all Mandatory Requirements. BAFOs that do not comply with all the Mandatory Requirements will be considered as “non-compliant offers” and will therefore not be taken into consideration.”

Det fremgik derfor udtrykkeligt, at tilbudsgiverne skulle afgive tilbud, som var i fuld overensstemmelse med samtlige opstillede mindstekrav, og det var understreget, at der ved afgivelse af endeligt tilbud (BAFO/Best and final offer) ikke måtte være afvigelser fra mindstekravene, samt at en eventuel afvigelse ville føre til, at tilbuddet ansås for at være ukonditionsmæssigt og følgelig afvises.

Derfor ville FMI i medfør af princippet i udbudsloven § 159, stk. 6, ikke have været berettiget til at give MS mulighed for at berigtige sit tilbud. Det er MS, der således må bære risikoen for tilbuddets udformning og indhold.

Ved at tage MS' tilbud i betragtning på trods af, at tilbuddet objektivt konstaterbart ikke opfyldte mindstekravet i pkt. 4.1.3, har FMI således tilsidesat de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt forsvarsdirektivets artikel 4, herunder da FMI lagde forkerte oplysninger afgivet af MS til grund i forbindelse med sin vurdering af de indkomne tilbud, uagtet at det var åbenbart, at disse oplysninger var forkerte.

FMI har gjort gældende, at det var berettiget, at FMI ikke afviste tilbuddet fra MS som ukonditionsmæssigt som følge af manglende opfyldelse af krav 4.1.3, der relaterede sig til den såkaldte ”fuze”, som er den anordning, der får ammunitionen til at detonere.

MS bekræftede eksplicit, at kravet kunne opfyldes.

I specifikation AS 84.11.11.04, der var vedlagt tilbuddet, og som vedrørte ”fuzen”, anførtes blandt andet ”The safety distance is 20 m and the arming distance is 80 m. The fuze may be set between 0.5 to 7.5 s. in addition, it is equipped with a graduated scale in 10 m increments between 120 to 1300 m.” Det fremgik heraf, at armeringsafstanden var 80 meter.

”Arming distance”, der er den distance, hvorpå projektilet kan armere, har betydning både for dets udløsning i ”impact mode” og ”airburst mode”. Projektilet kan således alene detonere (i begge modes), hvis det er armeret.

Da den tilbudte ammunition havde en armeringsdistance på 80 meter muliggjorde dette således, at krav 4.1.3 ("100 meter-kravet") kunne opfyldes (ved hjælp af "fuzen"), hvilket MS som nævnt også eksplicit bekræftede i sit tilbud.

FMI tog derfor dette til indtægt for, at kravet om, at ammunitionen kunne bringes til udløsning fra 100 meter, var opfyldt.

Det anførte om, at "fuzen" var udstyret med en inddelt skala i 10 metersintervaller i spektret 120 og 1.300 meter, tillagde FMI ikke betydning i relation til opfyldelsen af "100 meters-kravet", da det alene blev udlagt sådan, at den tilbudte ammunition inden for det nævnte spektrum væsentligt overopfyldte kravet om 50 metersintervaller.

Det er korrekt, at en nærmere krydsberegning ved anvendelsen af tidsangivelsen (0,5-7,5 sekunder) og skydetabellen kunne udlægges sådan, at "100 meters-kravet" ikke kunne opfyldes. En sådan krydssammenligning foretog FMI ikke, og det faldt uden for FMI's undersøgelsespligt at foretage en sådan kontrol, navnlig da MS i sit tilbud eksplicit bekræftede, at krav 4.1.3 var opfyldt, og idet MS ved sin besvarelse af krav 4.1.3 anførte, at armeringsafstanden var 80 meter, samt da MS' besvarelse af krav 4.1.3 ikke indeholdt nogen henvisning til skydetabellen.

Det bestrides, at ordet "valid" (i relation til dokumentationen/beskrivelsen) skærpede FMI's kontrolpligt i forhold til tilbuddene; tværtimod må det have for øje, at der ikke var stillet nærmere krav til den dokumentation/beskrivelse, som skulle fremsendes af tilbudsgiverne for opfyldelsen af kravene.

Selv om det således isoleret set er korrekt, at en meget stringent læsning af tilbuddet gør, at det ikke var helt klart, om kravet var opfyldt, er det fortsat FMI's opfattelse, at en korrekt læsning af tilbuddet fører til, at kravet må anses for opfyldt. Ammunitionen kunne ud fra det beskrevne i tilbuddet detonere fra 80 meter (og dermed også fra 100 meter), og det var fra 120 meter muligt at få den til at detonere med intervaller på 10 meter. Begge dele er en overopfyldelse af kravet på 100 meter, henholdsvis kravet om intervaller på 50 meter.

I forlængelse af replikkens indgivelse har MS over for FMI oplyst, at der var en fejl i den specifikation, som MS indgav til FMI sammen med det endelige tilbud. Fejlen knyttede sig netop til det af SD fremhævede citat og skyldes, at der var tale om en forældet udgave af specifikationen. Som det fremgår af specifikationens forside, er der tale om version 0 fra februar 2012.

Den reviderede specifikation AS 84.11.11.04, som MS rettelig burde have fremlagt, er fra april 2017 og altså før fristen for det endelige tilbud, der var den 23. juni 2017. Heri anføres følgende: "The safety distance is 20 m and the arming distance is 80m. The fuze may be set between 0.4 to 7.5 s. in addition, it is equipped with a graduated scale in 10 m increments between 100 to 1300 m; the marking of the 50 m increment (ie.: 150, 250,...) have a special identification (longer feature). For the user, only the setup of the fuze with the distance will be visible."

Dette viser, at den tilbudte ammunition utvivlsomt (over)opfyldte krav 4.1.3 i Appendix C.1.

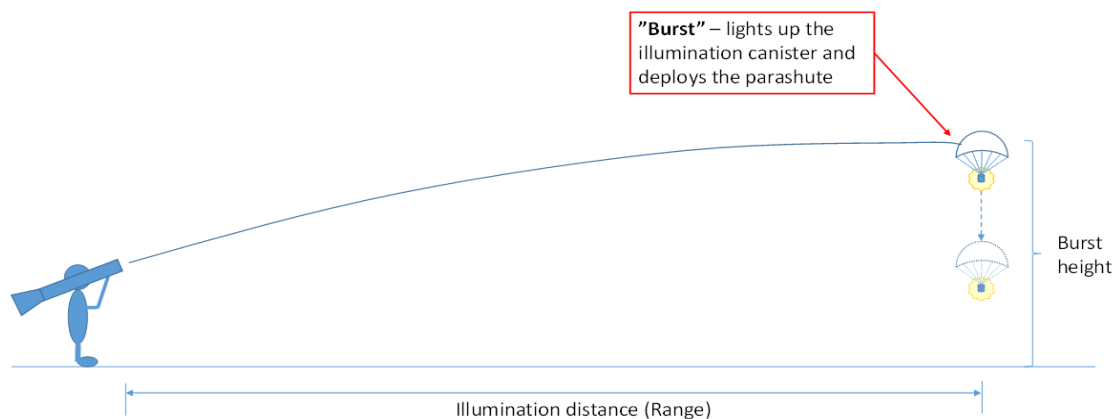
Ad påstand 4

SD har gjort gældende, at tilbuddet fra MS tillige var ukonditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke opfyldte det ufravigelige mindstekrav fastsat i pkt. 4.5.1 i Appendix C.1.

Det fremgik af pkt. 4.5.1 i Appendix C.1, at 84MM Illumination ammunitionen skulle have en effektiv rækkevidde "effective range" på minimum 1800 meter. Det var endvidere fastsat, at dette krav udgjorde et mindstekrav.

Ved "Effective range" forstås våbenteknisk den afstand, som et givent projektil kan tilbagelægge og samtidig opfylde nærmere bestemte succeskriterier.

84MM ILL ammunitionen har til formål at oplyse et nærmere bestemt mål eller område, hvilket sker ved, at ammunitionen bringes til udløsning ("burst") i luften, hvorefter projektilet antænder en såkaldt "illumination canister", der via en lille faldskærm langsomt daler til jorden, mens jorden/området nedenfor oplyses. Dette kan illustreres med følgende figur:



For at kunne opfylde succeskriteriet for 84MM ILL ammunitionen skal ammunitionen bringes til udløsning ("burst"), idet ammunitionen ellers ikke vil oplyse et nærmere fastsat område og dermed virke efter hensigten.

FMI krævede dokumentation for opfyldelsen af mindstekravet og var dermed forpligtet til at gennemgå den dokumentation, som MS medsendte.

I pkt. 4.5.1 i Appendix C.1 henviste MS til "Response Annex 1 and specification AS.84.12.05 i Response Annex 2" som dokumentation for opfyldelsen af mindstekravet. Derudover indeholdt Response Annex 11 specifikationer for den pågældende ammunitionstype.

Under afsnittet "Performance" i Response Annex 1 fremgik det udtrykkeligt, at MS' tilbudte ammunition havde en "max range to burst" på 1.700 meter. Response Annex 1 indeholdt ikke i sig selv en forklaring på, hvordan MS havde regnet sig frem til den anførte "max range to burst". Det bestrides, at der er grundlag for at forstå databladet i Response Annex 1 således, at det må anses at indeholde specifikke forudsætninger, som gør, at det reelt ikke kan udlægges sådan, at ammunitionen ikke kan have en længere effektiv rækkevidde end 1.700 meter, uanset udtrykkelig angivelse af det modsatte.

Response Annex 11 indeholdt også en specifikation af den såkaldte "fuze" vedrørende 84 MM Illumination ammunitionen.

Udløsningen af MS' 84MM ILL ammunition er styret af en "fuze" specificeret som "DM42A1", der er nærmere beskrevet i Response Annex 11. "Fuzen" for ILL ammunitionen fungerer som en slags timer (på samme må-

de som "fuzen" for HE Ammunitionen), således at projektilet udløses efter et antal nærmere indstillet forhold, herunder sekunder. Såfremt projektilet affyres i en stejl hældningsgrad, vil det dermed udløses ved kortere distancer, men højere oppe i luften. Hvis det omvendt affyres i en for lav hældning, vil projektilet ikke opnå den ønskede effekt, idet projektilet udløses for tæt på jorden, hvilket også er årsagen til, at der sættes krav til minimums højden for udløsningen ("burst") på 150 meter, jf. mindstekravet i pkt. 4.5.2 under fanen "REQ 84 MM" i Appendix C.1.

I specifikationen i Response Annex 11 var der anført følgende vedrørende den "settable function range", hvorved forstås den rækkevidde, som 84 MM Illumination ammunitionen kan indstilles til: "Settable function range: 500, 800, 1100, 1400, 1700 metres".

Det fremgik dermed tillige udtrykkeligt af Response Annex 11, der vedrører den "fuze", der anvendes til MS' 84MM ILL ammunition, at "settable function range" maksimalt kunne indstilles til 1.700 meter.

Den dokumentation, som MS henviste til i Appendix C.1 til opfyldelse af mindstekravet om den effektive rækkevidde - Response Annex 1 - viste dermed åbenbart og udtrykkeligt, at MS' 84MM ILL ammunitionens effektive rækkevidde maksimalt var 1.700 meter og ikke 1.800 meter som krævet.

Selv om projektilet måtte have en rækkevidde på mere end 1.800 meter, og projektilet i visse tilfælde kan befinde sig i en højde på over 200 meter over jordoverfladen efter at have tilbagelagt en afstand på 1.800 meter, bestrides det, at dette er ensbetydende med, at projektilet kan bringes til udløsning ved disse distancer og dermed opfylde kravet til "effective range".

MS' 84MM ILL ammunition og dokumentationen herfor viste således, at MS ikke opfyldte mindstekravet i pkt. 4.5.1 under fanen "REQ 84 MM" i Appendix C.1.

Det bestrides, at udbudsmaterialet på dette punkt har været formuleret uklart. Det fremgik udtrykkeligt af mindstekravet i pkt. 4.5.1 i Appendix C.1 under fanen "REQ 84 MM", at 84MM ILL ammunitionen skulle have en "effective range" på 1.800 meter. Inden for våben og sikkerhedsbranchen er der ikke tvivl om, hvad der ligger heri, og følgelig var både MS og FMI med deres indgående tekniske og faglige ekspertise klar over kravets ind-

hold. Det samme gør sig gældende for de øvrige tilbudsgivere, og i den forbindelse gør SD opmærksom på, at MS i øvrigt selv har anvendt termen "effective range" i Response Annex 1 på hhv. side 2, 3, 4 og 5 uden at fravige termen nærmere.

Generelt må oplysningerne i MS' egne specifikationer og vedlagte dokumentation lægges til grund, når FMI skal gennemgå tilbuddenes konditionsmæssighed. MS har henvist til Response Annex 1 og Response Annex 2, hvor Response Annex 1 udtrykkeligt viser, at MS' 84MM ILL ammunition åbenbart og objektivt konstaterbart ikke opfyldte mindstekravet i pkt. 4.5.1.

FMI kunne i forbindelse med gennemgangen af de indkomne tilbud og den vedlagte dokumentation således åbenbart og objektivt konstatere, at MS' tilbud ikke opfyldte mindstekravet vedrørende den effektive rækkevidde på mindst 1.800 meter.

En ordregiver har en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysninger, som fremgår af et tilbud, hvis der er tvivl om rigtigheden af oplysningerne. Der var tydeligvis uoverensstemmelse mellem de oplysninger, MS havde anført i Appendix C.1, og den dokumentation, som MS havde vedlagt. Derfor havde FMI en forpligtelse til at undersøge, hvorvidt de oplysninger, som MS afgav, var korrekte. FMI søgte ikke at få forholdet afklaret, og det måtte stå FMI klart senest ved evalueringen, at MS' tilbud ikke opfyldte mindstekravet i pkt. 4.5.1. MS bærer selv risikoen for uklarheder i tilbud.

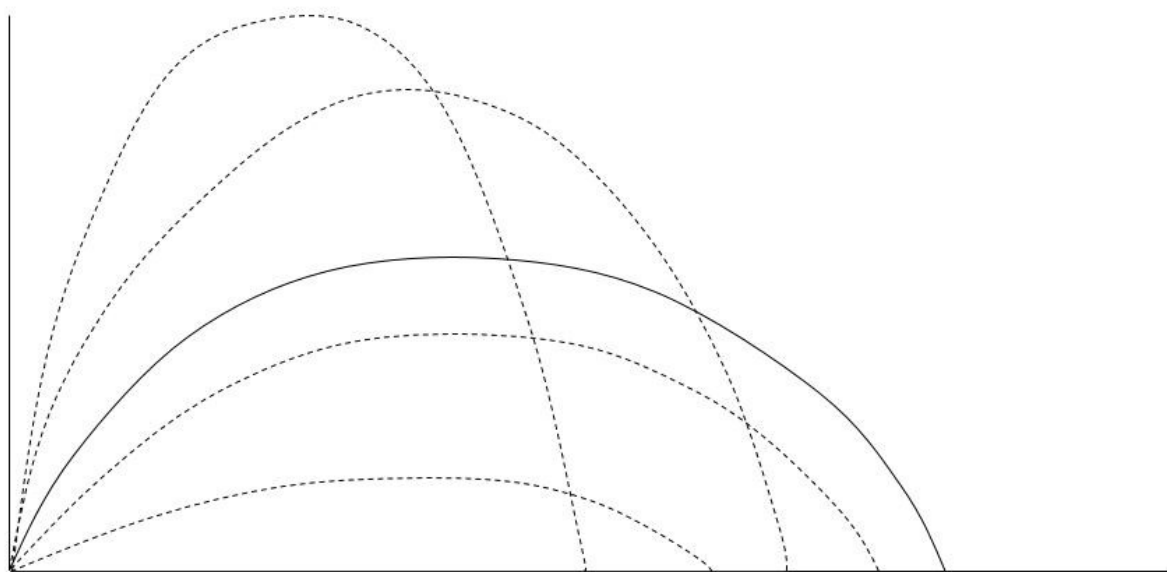
FMI var på den baggrund forpligtet til at afvise tilbuddet fra MS, da virksomheden ikke opfyldte mindstekravet, hvilket fejlagtigt var anført at være tilfældet.

FMI har derfor tilsidesat de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt forsvarsdirektivets artikel 4 ved at tage MS' tilbud i betragtning.

FMI har gjort gældende, at det var fuldt berettiget at lægge til grund, at krav 4.5.1 var opfyldt i MS' tilbud, herunder da MS i sit tilbud bekræftede, at krav 4.5.1 kunne opfyldes.

Krav 4.5.1 i Appendix C.1 vedrørte ammunition af typen ”illumination”, som har til formål at lyse mål op. Ammunitionen skal detoneres i luften, jf. også krav 4.5.2 i Appendix C.1, hvor det fremgik, at detoneringshøjden (”burst height”) skulle være mellem 150 og 200 meter.

Rækkevidden af ammunition vil være bestemt af en lang række faktorer, jf. læren om ballistik. En af de væsentligste faktorer er, hvilken hældning projektilet affyres under, som illustreret ved nedenstående graf:



Tallene i databladet i Annex 1 vedrørende ammunitionens ”range” (500 – 1.700 meter) indeholdt specifikke forudsætninger, herunder til hældningsgraden for affyringen og til, i hvilken højde ammunitionen skulle detoneres. Sidstnævnte er i databladet eksplicit angivet til 200 meter (”burst height”); altså 50 meter over minimumshøjden, jf. krav 4.5.2 i Appendix C.1.

De fremhævede datablade/specifikationer, der var vedlagt tilbuddet fra MS, var generiske standarddokumenter, og de var ikke tilvirket specifikt til det omhandlede udbud.

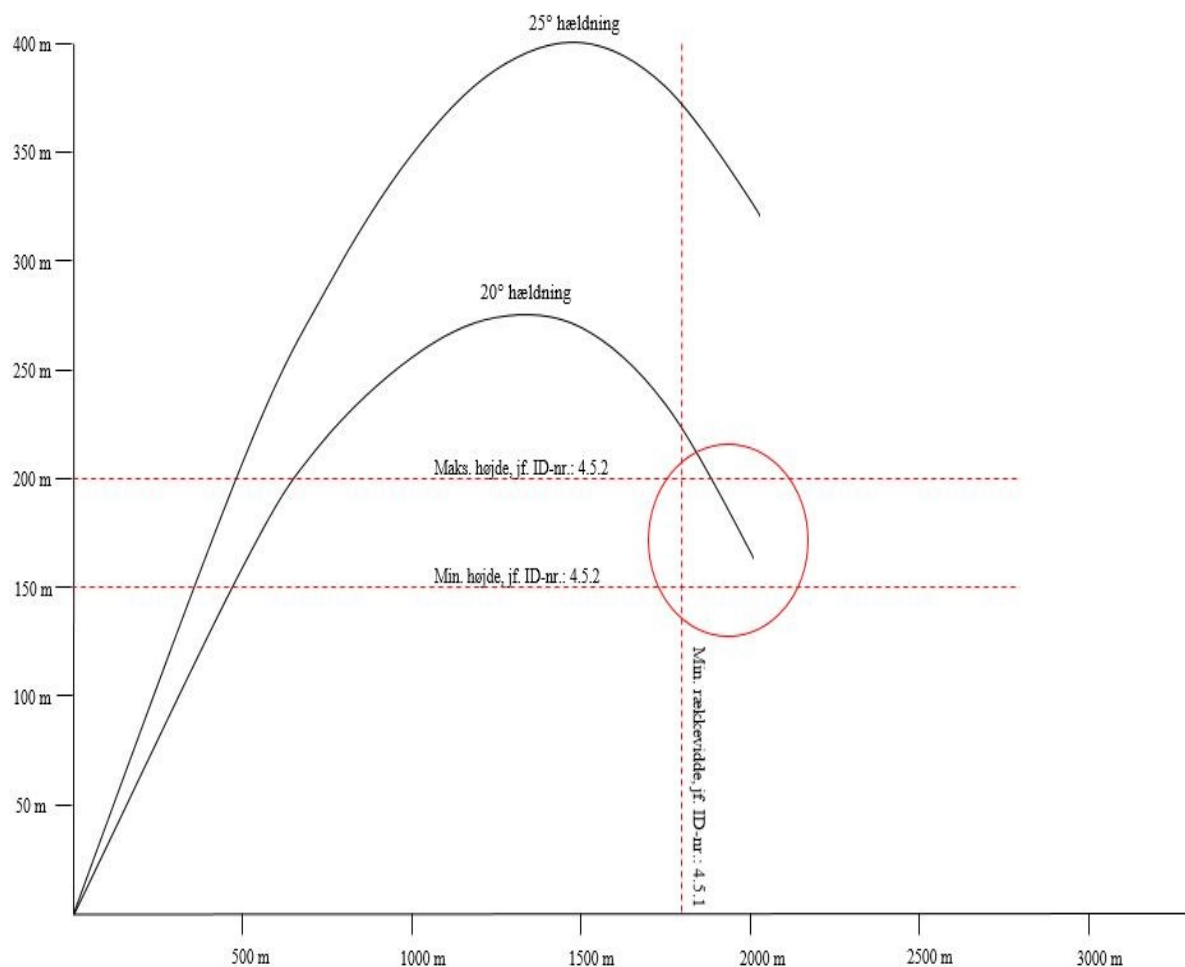
En sænkning af affyringsvinklen vil således medføre, at projektilet vil kunne udløses på en længere afstand. Dette vil ganske vist også medføre, at udløsningshøjden bliver lavere, men dette kan ikke formodes at udgøre noget problem, eftersom minimumshøjden for detonationen alene var 150 meter.

Tallene kan derfor ikke udlægges sådan, at ammunitionen ikke kunne have en længere rækkevidde.

Bemærkningerne om ”settable function range” i specifikationen i Annex 2 var ikke ensbetydende med, at ammunitionen kun kunne detonere i disse fem afstande. Dette kunne brugeren kalibrere ved at justere på hældningsgraden.

At den af MS tilbudte ammunitionstype opfyldte kravet om en effektiv rækkevidde på mindst 1.800 meter, fremgik af skydetabellerne for den pågældende ammunitionstype i tilbuddets Annex 10. Bilaget viste to affyrings-scenarier; ét hvor ammunitionen affyres i en 20 graders vinkel, og ét hvor ammunitionen affyres i en 5 graders vinkel.

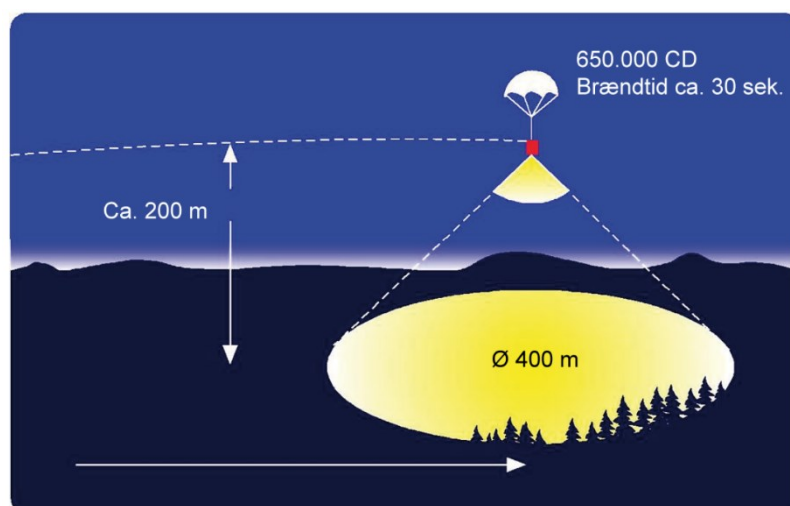
Under begge scenarier havde ammunitionen en rækkevidde på over 2.000 m. Grafisk set illustreres de to skydetabeller således:



Eventuelle tvetydigheder eller lignende i MS' besvarelse på dette punkt kan tilskrives manglende tydelighed om, hvilken konkret dokumentation eller beskrivelse der ønskedes fra FMI, og det bør ikke komme MS til skade.

FMI er enig i, at det af skydetabellen ikke i sig selv kan udledes, at ammunitionen kan bringes til udløsning på en given afstand, men også her var der tale om, at oplysningerne om rækkevidden muliggjorde, at krav 4.5.1 ("1800 meter-kravet") kunne opfyldes, hvilket MS også eksplicit bekræftede i sit tilbud. Det bemærkes i den forbindelse, at det af udbudsmaterialet ikke kunne udledes, hvilken type dokumentation der var nødvendig for at bekræfte, at tilbudsgiverne levede op til kravet, ligesom det heller ikke fremgik af kravet, under hvilke forudsætninger kravet skulle kunne opfyldes, herunder forudsætningerne for affyringsvinklen mv.

Selv hvis det måtte lægges til grund, at projektilets maksimale udløsningsafstand var 1.700 meter, udelukkede dette ikke, at ammunitionen kunne have en "effective range" på 1.800 meter. Det fremgik således af databladet, at ammunitionen skaber et oplysningsareal med en diameter på 400-500 meter ("II-lumination area (diameter)"). Dette skal forstås således, at lysgranaten oplyser en cirkel på jorden under sig med en diameter på 400-500 meter (svarende til en radius på 200-250 meter). Princippet kan illustreres med følgende tegning, der tager udgangspunkt i et oplysningsareal med en diameter på 400 meter:



Ammunitionens tilstræbte effekt er at oplyse slagmarken. Selv ved detone-ring efter 1.700 meter vil lysgranaten således være i stand til at oplyse arealet på jorden ved 1.800 meter (og også helt ud til 1.900-1.950 meter) og hermed klart opfylde kravet om en "effective range" på 1.800 meter.

Det bestrides, at ordet "valid" (dokumentation/beskrivelse) skærper FMI's kontrolpligt i forhold til tilbuddene; tværtimod må det haves for øje, at der ikke var stillet nærmere krav til den dokumentation/beskrivelse, som skulle fremsendes af tilbudsgiverne for opfyldelsen af kravene.

De af SD fremlagte bilag er generiske specifikationer/datablade, der ikke forholder sig til specifikke affyringsforudsætninger, herunder til hældningsgrad og til detoneringshøjde, og de kan ikke udlægges sådan, at ammunitionen ikke kunne have en længere rækkevidde.

Ad påstand 5

SD har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at have afvist MS' tilbud som ukonditionsmæssigt, og at en sådan tilsidesættelse af udbudsreglerne efter fast praksis er så grov, at FMI's beslutning om at tildele kontrakten til MS skal annulleres.

FMI var ikke berettiget til at berigtige fejlen, jf. ovenfor ad påstand 3, og fejlen kan derfor ikke anses som "konkret uvæsentlig".

FMI har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, da SD ikke har påvist udbudsretlige overtrædelser; i hvert fald ikke af en karakter, der ud fra en konkret væsentlighedsvurdering kan bære en annulation af tildelingsbeslutningen.

Såfremt klagenevnet måtte give SD medhold i påstand 3, gør FMI gældende, at overtrædelserne er uden betydning, da det ligger fast, at det tilbudte produkt opfylder krav 4.1.3.

Som led i tilbudsevalueringen ville FMI have været berettiget til at indhente supplerende dokumentation fra MS med henblik på at afhjælpe de nu konstaterede fejl i specifikationen, der var vedlagt det endelige tilbud, jf. princippet i udbudslovens § 159, stk. 5. I den forbindelse er det vigtigt at være opmærksom på, at specifikationen objektivt kan tidsfæstes til før fristen for det endelige tilbud.

Berigtigelsen ville bestå i, at MS indsendte den reviderede version af specifikationen. Der ville i dette tilfælde netop være tale om en præcisering, der skyldtes indsendelsen af et fejlbehæftet dokument. Dette ville ikke indebære, at MS indsendte et nyt tilbud, da virksomheden havde bekræftet eksplicit, at det pågældende krav var opfyldt, og da de pågældende oplysninger dokumentérbart forelå forud for tilbudsfristens udløb.

Det bestrides ikke, at der i Appendix C.1 var opstillet et mindstekrav om, at tilbudsgiverne skulle afgive dokumentation/beskrivelse.

Det forhold, at kravet om dokumentation/beskrivelse kan anskues som et mindstekrav i udbudsretlig forstand, afskærer imidlertid ikke i sig selv muligheden for berigtigelse i medfør af princippet i § 159, stk. 5. Dette fremgår også klart modsætningsvist af forarbejderne til § 159, stk. 6:

”Hvis ordregiver har fastsat kravet om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, kan stk. 5 ikke benyttes til at indhente den manglende dokumentation eller supplere eller fuldstændiggøre den indsendte dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning.”

Det er korrekt, at det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 9.1, at endelige tilbud, der ikke levede op til ”Mandatory Requirements”, ikke ville blive taget i betragtning. Begrebet ”Mandatory Requirements” dækker dog over en specifik kategori af krav i udbuddet, nemlig de tekniske krav, der var markeret med ”M” i kravspecifikationen, jf. introduktionsafsnittet i Appendix C.1. Begrebet omfatter således ikke andre krav i udbuddet, der kan anskues som mindstekrav i udbudsretlig forstand, herunder formelle krav til dokumentation mv. som det omhandlede.

Det fremgik også klart af udbudsbetingelsernes pkt. 8.4, at FMI ikke ønskede at afskære sig retten til at foretage berigtigelse af krav som det omhandlede, idet det her var anført:

“If DALO finds the wording of the BAFO to be ambiguous, DALO reserves the right to - also with due respect of the principles of equality and transparency - ask the tenderer in question to clarify the ambiguity. DALO also reserves the right to ask the tenderers to submit information requested in the tender documents but missing in the BAFO.”

Når FMI kunne have berigtiget fejlen, og da det ligger fast, at det tilbudte produkt opfyldte krav 4.1.3, kan den påståede overtrædelse anses som konkret uvæsentlig, og den kan derfor ikke medføre annullation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Ved vurderingen af om en tilbudsgiver har taget et forbehold, er det ikke afgørende, hvordan et forbehold betegner sig, hvor i tilbuddet forbeholdet er anført, eller om tilbudsgiveren specifikt har anført, at der ikke er taget forbehold. Dette har alene betydning som fortolkningsmomenter ved uklare forbehold.

Det er tilbudsgiveren, der som udgangspunkt bærer risikoen for, at tilbuddet kan indeholde formuleringer, der kan opfattes som forbehold. Hvis et tilbud således indeholder en tvetydig tekst, der både kan forstås som et forbehold og ikke som et forbehold, må det anses for et forbehold.

En ordregiver har pligt til at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt, hvis tilbuddet indeholder forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Bedømmelsen af, hvorvidt tilbuddet indeholdt et forbehold, skal afgøres på baggrund af udbudsbetingelserne og det afgivne tilbud.

Udbudsbetingelserne

Af ”Instructions to Tenderers” var det i pkt. 8.3 anført, at ” The BAFO must comply with all Mandatory Requirements and Key Requirements in the revised tender documents and all information required should be submitted. Failure to do so may lead to the rejection of the BAFO.”

Videre var det i pkt. 9.2 vedrørende ”Categorisation of the tender documents and reservations” fastsat:

“The Contract and Appendices are Key Requirements in their entirety, with the exception of the Requirements Specifications in Appendix A, cf. below.

...

In the BAFO, the tenderer is not allowed to make reservations with regard to the provisions in the Contract and Appendices.

...”

Det var dermed ifølge udbudsbetingelserne ikke tilladt for tilbudsgiverne at tage forbehold med hensyn til bestemmelserne i kontrakten eller i bilagene hertil.

I rammeaftalens afsnit 2 var der fastsat blandt andet følgende definitioner:

”**Defect**” shall mean the non-performance of a Delivery Item, i.e. when the Delivery Item does not conform to the Purchase Order, the provisions of the Agreement (including being Fit for Purpose), applicable industry standards and/or good workmanship.

...

”**System Defect**” shall mean a Defect latent in all or almost all (at least 2 %) Products within a given ammunition lot already delivered.”

I rammeaftalens reviderede afsnit 22 vedrørende kontraktdokumenternes forrang (”Precedence and interpretation”) var det fastsat:

”...

If there is a discrepancy between the wording of this Agreement, the wording of Appendices A-H, the wording of the Special Appendices set out in clause 17 and/or the wording of the Purchase Order, the following documents shall take precedence:

1. This framework agreement (the Agreement)
2. The Special Appendices and special provisions set out in clause 17
3. Appendices A.1-A.3
4. Appendices B + D-H
5. Appendices C.1-C.5 and the Suppliers submitted sub-appendices to Appendices C.1-C.5.

...”

SD's tilbud

I tilbuds brevet fra SD stod der blandt andet følgende:

“2.4 Clarification of Saab Dynamics AB’s interpretation of terms and conditions

This offer is fully compliant to the terms and conditions in framework agreement supplied with the invitation to tender (Documents id 100 to 128 in this offer).

However, since some of the terms and conditions are subject to interpretation, Saab Dynamics has clarified its view on those in Annex B hereto.

...”

I forbindelse med tilbuddets indlevering vedlagde SD et bilag til sit tilbud, ”Annex B to Cover letter Clarification of Saab Dynamics AB’s interpretation of the terms and conditions”.

I Annex B skrev SD blandt andet følgende:

“The current procurement process do not open up for detailed discussions between DALO and a potential supplier regarding the intentions and interpretations of the various terms and conditions. Hence, Saab Dynamics AB would like to clarify its interpretation of some of the terms and conditions stated in the request for BAFO:

No	Reference	Saab Dynamics AB’s interpretation
1	General	Even though not clearly stated in the terms and conditions, Saab Dynamics AB assumes that items delivered under the framework agreement shall conform to specified delivery/product specifications. These specifications shall form an integral part of the awarded framework agreement. Lot acceptance testing is performed against these specifications (for which the test procedures will be described in the Quality Plan)
2	Framework agreement, Clause 2 – DEFINITIONS	The framework agreement defines System Defect as: <i>“System Defect” shall mean a Defect latent in all or almost all (at least 2 %) Products within a given ammunition lot already delivered.</i> Saab Dynamics interpret this clause as being applicable to deficiencies that are outside what is specified in the delivery/product specifications (see point 1 above). For example, if the delivery/product specifications states an acceptable quality level of X for property Y, then this 2% requirement does not apply for that specific property Y.

”

Klagenævnet finder, at SD med det i Annex B anførte har taget forbehold i relation til grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, at SD i Annex B har betinget sig, at accepttesten skulle foretages i overensstemmelse med retningslinjerne i produktspecifikationerne frem for retningslinjerne i Appendix 2(A). SD har tillige betinget sig, at SD' egen produktspecifikation i visse tilfælde skulle have forrang ved vurderingen af, hvornår der foreligger "System Defect", således at den i udbudsbetingelserne fastsatte tærskel kunne være højere end 2%, såfremt produktspecifikationerne anførte en acceptabel kvalitet, hvilket ikke var i overensstemmelse med udbudsmaterialet, herunder den fastsatte rangorden af kontrakt dokumenterne i rammeaftalens afsnit 22.

Det er ikke dokumenteret, at det anførte i Annex B svarede til et indhold, som var i overensstemmelse med parternes fælles forståelse, og der er heller ikke grundlag for at fastslå, at FMI har givet SD en berettiget forventning om, at udbudsmaterialet på de omhandlede punkter skulle forstås som udlagt af SD.

Det bemærkes i den forbindelse, at pkt. 1 og 2 i Annex B synes at udspringe af de ændringsforslag, som SD have fremsat under forhandlingsmødet med FMI, hvilke forslag ikke blev imødekommet. Dette blev SD bekendt med, da SD i overensstemmelse med udbudsbetingelserne pkt. 8.1 forud for indleveringen af det endelige tilbud modtog det reviderede udbudsmateriale.

FMI har derfor været forpligtet til at anse tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Det forhold, at det af SD's fremsendelsesskrivelse af 20. juni 2017, hvorved BAFO blev fremsendt, fremgår, at tilbuddet i sin helhed var konditionsmæssigt, kan ikke føre til et andet resultat, da spørgsmålet om, hvorvidt et konkret udsagn er et forbehold eller ej, afgøres ud fra det materielle indhold af udsagnet.

Påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

En ordregiver har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud, medmindre andet er bestemt i udbudsbetingelserne. Dette gælder også en tilbudsgivers bekræftelse af, at et mindstekrav er overholdt. Usikkerhed/uklarhed vedrørende indholdet af et tilbud påhviler tilbudsgiveren. Hvis det er tvivlsomt, om oplysninger fra en tilbudsgiver er korrekte, påhviler det imidlertid ordregiveren at foretage en effektiv kontrol af disse. I så fald skal ordregiveren foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansgøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt.

I Appendix C.1 var der fastsat en række krav til 84 mm ammunitionen i relation til udbuddets delaftale 2.

Af bilagets ”classification scheme” fremgik blandt andet:

”A mandatory requirement shall be fulfilled by the tendere. If a mandatory requirement is not fulfilled, the tender will be excluded from further evaluation”.

Som mindstekrav var i pkt. 4.1.3 vedrørende 84mm High Explosive (HE) fastsat:

”The fuze shall be able to be set from 100 meters to the effective range with 50 meters intervals (hence, from 100 meters, 150 meters, 200 meters, etc.)”

Der var i Appendix C.1 stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle dokumentere overholdelsen af dette krav.

FMI var på den baggrund som udgangspunkt ikke berettiget til uden nærmere kontrol at lægge MS’ bekræftelse på at opfylde mindstekrav 4.1.3 til grund.

Til dokumentation for opfyldelsen af mindstekravet henviste MS til ”specification of the fuze AS.84.11.11.04 in Response Annex 11”.

Af “specification AS.84.11.11.04” fremgik blandt andet under pkt. 3.2 ”Functional range”:

”The safety distance is 20 m and the arming distance is 80m.

The fuze may be set between 0.5 to 7.5 s. in addition, it is equipped with a graduated scale in 10 m increments between 120 to 1300 m.”

Det fremgik af en “firing table”, som MS indleverede samtidig med tilbuddet, at projektilet allerede ved 0,4 sekunder ville have tilbagelagt en distance på 100 meter.

Da "fuzen" som det lavest mulige ifølge "specification of the fuze AS.84.11.11.04" først kunne indstilles til udløsning efter 0,5 sekunder, må det lægges til grund, at projektilet allerede ville have tilbagelagt en distance på over 100 meter.

En sammenholden af det oplyste i AS.84.11.11.04 med oplysningerne i ammunitionens ”firing table” gik ikke ud over den undersøgelsespligt i forhold til mindstekravets opfyldelse, som FMI har haft. Klagenævnet har her ved lagt vægt på, at det ikke var fastsat nærmere, hvordan tilbudsgiverne skulle dokumentere/beskrive opfyldelsen af mindstekravet, og at FMI var forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som MS havde indsendt, samt at det af pkt. 3.2 i “specification AS.84.11.11.04” fremgik, at det først var ” between 120 to 1300 m”, at der kunne ske en ” graduated scale in 10 m increments”.

Klagenævnet finder på den baggrund, at MS’ tilbud og vedlagte dokumentation vedrørende 84MM High Explosive (HE) ammunition gav FMI grundlag for at antage, at tilbuddet ikke opfyldte det stillede mindstekrav, da "fuzen" ikke kunne bringes til udløsning allerede fra 100 meter, men først fra 120 meter, og at tilbuddet derfor var ukonditionsmæssigt.

FMI var derfor forpligtet til at afvise MS’ tilbud.

Det, som MS oplyste i sit tilbud vedrørende armeringsafstanden, kan ikke føre til, at tilbuddet var konditionsmæssigt, da indstillingen af "fuzen" og mindstekravet i pkt. 4.1.3 ikke har betydning i relation til armeringsafstanden, der var selvstændig reguleret i Appendix C.1 pkt. 4.0.3.

Da det fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne skulle afgive tilbud, som var i fuld overensstemmelse med ”all Mandatory Requirements and Key Requirements”, og at der ved afgivelsen af endeligt tilbud (BAFO)

ikke måtte være afvigelser herfra, samt at en eventuel afvigelse ville føre til, at tilbuddet ville blive afvist, har FMI ikke haft mulighed for i medfør af princippet i udbudsloven § 159, stk. 5, at give MS lejlighed til at berigtige deres tilbud i forhold til den fejlbehæftede specifikation AS.84.11.11.04, herunder da indleveringen af dokumentation/beskrivelse i forhold til kravets opfyldelse i sig selv var gjort til et mindstekrav, jf. herved også princippet i udbudslovens § 159, stk. 6.

Påstand 3 tages derfor til følge.

Ad påstand 4

I pkt. 4.5.1 var som yderligere mindstekrav vedrørende 84MM Illumination ammunitionen fastsat:

”The round shall have an effective range of minimum 1800 meters.”

Dette mindstekrav skulle dokumenteres på tilsvarende måde som mindstekravet i pkt. 4.1.3.

Det kan lægges til grund, at der ved "Effective range" i våbenteknisk forstand forstås den afstand, som et givent projektil kan tilbagelægge og samtidig opfylde nærmere bestemte succeskriterier.

84MM ILL ammunitionen har til formål at oplyse et nærmere bestemt mål eller område. Dette sker ved, at ammunitionen bringes til udløsning ("burst") i luften. Herefter vil projektilet antænde en "illumination canister", der via en lille faldskærm langsomt daler til jorden, mens jorden/området nedenfor oplyses.

Oplysningerne i MS' egne specifikationer og vedlagte dokumentation må lægges til grund ved bedømmelsen af tilbuddets konditionsmæssighed.

MS henviste i Appendix C.1 som dokumentation for opfyldelse af mindstekravet om den effektive rækkevidde til ”datasheet in Response Annex 1 and specification AS.84.12.05 (see Responce Annex 2)”.

I Response Annex 1 var der under afsnittet ”Performance” vedrørende 84MM ILL M542 blandt andet anført følgende:

”Muzzle velocity (at 21 °C) (nominal).....	260m/s
Range to burst	-max.....1700m
	-min.....500m”

Der er ikke grundlag for at fastslå, at databladet indeholdt sådanne specifikke forudsætninger, som kan medføre, at det uanset ordlyden reelt kan udlægges sådan, at ammunitionen kunne have en længere effektiv rækkevidde end 1.700 meter.

I de tekniske data vedrørende 84MM Illumination ammunitionen var det i Response Annex 11, der vedrører den "fuze", der anvendes til MS' 84MM ILL ammunition, blandt andet beskrevet, at den "settable function range" var "500, 800, 1100, 1400, 1700 metres".

Efter indholdet af Response Annex 1, som MS henviste til i Appendix C.1 til opfyldelse af mindstekravet om den effektive rækkevidde, og hvis indhold støttes af oplysningerne i Response Annex 11, sammenholdt med formålet med 84MM ILL ammunitionen, skulle FMI have afvist MS' tilbud som ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ud fra den medsendte dokumentation ikke kunne anses at opfylde mindstekravet vedrørende den effektive rækkevidde på mindst 1.800 meter. At MS i tilbuddet bekræftede at opfylde mindstekrav 4.5.1 kan ikke føre til andet resultat.

Der er ikke forhold, der giver grundlag for at antage, at udbudsbetingelserne har været uklare i forhold til opfyldelsen af mindstekravet.

Det, som FMI har oplyst om projektillets rækkevidde, kan efter de foreliggende oplysninger ikke føre til, at kravet til "effective range" kan anses for opfyldt.

Påstand 4 tages derfor til følge.

Ad påstand 5

Efter karakteren af den ad påstand 3 og 4 fastslåede overtrædelse tages påstanden om annullation til følge.

Oplysningerne i den reviderede specifikation AS.84.11.11.04 fra april 2017, som FMI først modtog under klagesagens behandling og efter kontraktindgåelsen, kan efter det ad påstand 3 anførte ikke føre til et andet resultat.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1 og 2

Klagen tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt forsvarsdirektivets artikel 4 ved ikke at have erklæret Mecar S.A.'s tilbud ukonditionsmæssigt, uanset at tilbuddet ikke opfyldte det ufravigelige mindstekrav fastsat i pkt. 4.1.3 i Appendix C.1 vedrørende den såkaldte "fuze", der skal kunne indstilles allerede fra minimum 100 meter og op til den effektive rækkevidde med minimum 50 meters intervaller ("The fuze shall be able to be set from 100 meters to the effective range").

Ad påstand 4

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt forsvarsdirektivets artikel 4 ved ikke at have erklæret Mecar S.A.'s tilbud ukonditionsmæssigt, uanset tilbuddet ikke opfyldte det ufravigelige mindstekrav fastsat i pkt. 4.5.1 i Appendix C.1 vedrørende den effektive rækkevidde på minimum 1.800 meter ("The round shall have an effective range of minimum 1800 meters").

Ad påstand 5

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelses beslutning af 3. juli 2017 om at tildele rammeaftalen til Mecar S.A. vedrørende ammunitionsudbuddet nr. 2016/S 092-165045 (delaftale 2) annulleres.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse skal i sagsomkostninger til Saab Dynamics AB betale 35.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig