

K E N D E L S E

Israel Aerospace Industries Ltd.
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Thomas Impgaard Sørensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 232-484557 af 30. november 2017 udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI") to rammeaftaler vedrørende henholdsvis levering af mobile sensorsystemer samt vedligeholdelse og levering af reservedele hertil til brug for efterretning, overvågning, rekognoscering, målerhvervelse og måludpegning.

Indenfor prækvalifikationsfristen den 16. januar 2018 modtog FMI 12 prækvalifikationsansøgninger, herunder fra Israel Aerospace Industries Ltd. ("IAI").

Ved brev af 5. februar 2018 til IAI oplyste FMI, at IAI ikke var blandt de prækvalificerede, og at FMI havde valgt at prækvalificere Lockheed Martin Global Inc., OIP Sensor Systems og Precision Technic Defence A/S.

Den 22. februar 2018 indgav IAI klage på engelsk til Klagenævnet for Udbud over FMI, og den 7. marts 2018 modtog klagenævnet samme klage med et dansk klageskrift. IAI fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1,

jf. bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011 § 11, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Efter anmodning fra FMI har klagenævnet besluttet ikke at tage stilling til anmodningen om opsættende virkning, men i stedet træffe realitetsafgørelse straks. Parterne har haft mulighed for at fremkomme med eventuelle yderligere bemærkninger. Der er herefter truffet afgørelse på det grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-4, svarskrift med bilag A, replik og duplik.

Sagen er behandlet på skriftligt grundlag.

IAI har nedlagt følgende påstande:

- ”1. Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivet artikel 4, ved ikke at have prækvalificeret IAI med henvisning til, at IAI kun har indleveret 6 relevante referencer svarende til 75 leverancer.
2. Klagenævnet skal annullere FMI’s prækvalifikationsbeslutning Af 5. februar 2018, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.”

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

Andre oplysninger i sagen:

FMI udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 232-484557 af 30. november 2017, der blev offentliggjort den 2. december 2017, en rammeaftale vedrørende levering af mobile sensorsystemer og som bilag hertil en rammeaftale vedrørende vedligeholdelse, herunder levering af reservedele og serviceydelser. De mobile sensorsystemer skulle bruges til efterretning, overvågning, rekognoscering, målerhvervelse og måludpegning.

Udbuddet gennemførtes som et udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet).

Rammeaftalerne ville ifølge udbudsbekendtgørelsen blive tildelt den samme leverandør, og der ville blive udvalgt og prækvalificeret 3 ansøgere. Rammeaftalerne skulle løbe over 7 år, og rammeaftalen vedrørende vedligeholdelse og levering af reservedele kunne forlænges i yderligere fire gange to år.

Den anslåede værdi af rammeaftalerne udgjorde mellem 350.000.000 kr. og 1.000.000.000 kr. (uden moms).

Tildelingskriteriet var ”the most economically advantageous tender in terms of the criteria stated in the specifications, in the invitation to tender or to negotiate or in the descriptive document”.

I udbudsbekendtgørelsen stod yderligere blandt andet følgende:

II.1.5) Short description of the contract of purchase(s):

“ ...

There is a need for two sizes of sensor units, a medium range sensor unit and a long range sensor unit. Both shall be available for land and maritime applications, and should be available for airborne applications.

There is also a need for masts in three different sizes for different land platforms. Basic mandatory features of the Medium Range Mobile Sensor System.

Observe in following spectral bands:

- Visual,
- Near Infra Red (NIR),
- Medium Wave Infra Red (MWIR).

Include following types of lasers:

- Laser Range Finder (LRF),
- Laser Pointer (NIR),
- Availability of Laser Target Designator (LTD minimum 10 mJ for marking purposes).

Concept of operation for Medium Range Mobile Sensor System on Land platforms.

The system can be operated in 3 ways:

1. The whole system mounted on the vehicle and operated from here.

2. The Sensor is detached from the vehicle and placed on tripod in a short distance from the vehicle. Human Machine Interface (HMI) is still in the vehicle and the sensor is operated from here.

3. Whole system (sensor unit and HMI) is detached from the vehicle and placed on e.g. a roof and operated from here. Power from battery, mains or other. Tripod, battery and charging unit will be required for this scenario.

It shall be possible to attach and detach sensor unit and HMI from the vehicle manually and without the use of tools. System modules should be man portable.

It shall be possible to drive and observe with the sensor system at the same time with the mast in a low position.

Only while the vehicle is stationary it shall be possible to raise the mast to maximum height.

Scope of supply specific for the Medium Range System:

- Sensor units,
- HMI incl. recording capability,
- Tripod,
- Charging unit,
- Batteries.

Technical Mandatory requirements for the Medium Range Sensor System:

1. The complete weight of the sensor unit shall be no more than 35 kg.
2. The mounted Sensor Units maximum horizontal extent from vertical center line shall be no more than 0.25 meter.
3. The sensor unit shall comply with the values stated in MIL-STD 46L F or equivalent concerning Radiated Susceptibility 'RS103 Limits' for 'All ships above deck' (minimum 200 V/m).

Basic mandatory features of the Long Range Mobile Sensor System.

Observe in following spectral bands:

- Visual,
- Near Infra Red (NIR),
- Short Wave Infra Red (SWIR),
- Medium Wave Infra Red (MWIR).

Include following types of lasers:

- Laser Range Finder (LRF),
- Laser Pointer (NIR),
- Availability of Laser Target Designator (LTD minimum 70 mJ for designating purposes).

Concept of operation for the Long Range Mobile Sensor System on Land platforms:

The system will be operated by TACP units (Tactical Air Control Parties) for AO (Artillery Observers) and FAC (Forward Air Controllers). The system is permanently mounted on the vehicle and usually operated from here. The vehicles sensor system should be able to communicate with a TOC (Tactical Operations Center) when used for camp protection.

It shall be possible to drive and observe with the sensor system at the same time with the mast in a low position.

Only while the vehicle is stationary it shall be possible to raise the mast to maximum height.

Scope of supply specific for the Long Range System:

- Sensor units,
- HMI incl. recording capability.

Technical Mandatory requirements for the Long Range Sensor System

1. The complete weight of the sensor unit shall be no more than 70 kg.
2. The mounted Sensor Units maximum horizontal extent from vertical center line shall be no more than 0.40 meter.
3. The sensor unit shall comply with the values stated in MIL-STD 461 F or equivalent concerning Radiated Susceptibility 'RS103 Limits' for 'All ships above deck' (minimum 200 V/m).
4. The resolution of the MWIR sensor shall be no less than 1 280x720 sensor elements.

Scope of supply common for both Medium Range Sensor System, Long Range Sensor System and masts:

- Training courses for Master Instructors and Technicians,
- Specialtools and test equipment,
- Spare parts,
- Documentation,
- Software,
- Various types of service,
- Support for integration onto a platform.

DALO intends to use the Mobile Sensor System on current operational vehicles and vessels, such as (however not limited to):

- MRZR from Polaris,
 - Intruder from Supacat,
 - Piranha 6 from Mowag, and
 - NSW 11 meters Rigid Hull Inflatable Boats (RHIB)
- and on any other future vehicles, vessels and aircrafts operated by the Danish Defence.

The Sustainment Contract containing e.g. Spare Parts and Services is intended for maintenance and enhancement of the Mobile Sensor Sys-

tems, including support. The supplier shall assist in the integration of the Mobile Sensor System on any platform and shall assume full system responsibility in regards to the Mobile Sensor System on the platform.

...”

”III.2.3) **Technical and/or professional capacity**

Criteria regarding the technical and/or professional ability of economic operators (that may lead to their exclusion)

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

Three (3) lists 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.

The three lists shall contain information regarding references for:

- A: Aircraft-mounted (rotary or fixed-wing);
- B: Maritime vessel-mounted;
- C: Vehicle-mounted.

Similar deliveries shall be limited to the following three types:

- Aircraft-mounted (rotary or fixed-wing) gyro-stabilized electro-optical system, which includes cooled thermal cameras.
- Maritime vessel-mounted gyro-stabilized electro-optical system, which includes cooled thermal cameras.
- Vehicle-mounted gyro-stabilized electro-optical system, which includes cooled thermal cameras.

For vehicle-mounted systems, please indicate whether or not the system is mounted on masts on the vehicle.

Each list should preferably include a short description of each delivery e.g. in the form of a data sheet. The description should also contain information on:

...

- the date of the deliveries,
- the amount of systems delivered,

...

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 relevant previous deliveries cf. IV.1.2. If the delivery in question is ongoing, it is only the part of the services / 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).

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.

...

IV.1.2) Limitations on the number of operators who will be invited to tender or to participate

Envisaged number of operators 3

Objective criteria for choosing the limited number of candidates:

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. Besides nature and quantity it will further be evaluated positively if the candidate demonstrates experience with mast-mounted systems on vehicles and experience with delivery of all three categories A: Aircraft-mounted (rotary or fixed-wing), B: Maritime vessel-mounted and C: Vehicle-mounted.

The evaluation will be based on the list of references submitted by the candidates according to section III.2.3).

In order for DALO to make a selection between the candidates fulfilling the minimum requirement, it is therefore very important that the candidates provides DALO with a good description of previous deliveries. 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.

...”

...

FMI modtog inden for fristen for prækvalifikation den 16. januar 2018 som nævnt 12 prækvalifikationsansøgninger, herunder fra IAI.

FMI havde til brug for prækvalifikationsansøgningerne udarbejdet et prequalification questionnaire (PQQ), som ansøgerne kunne anvende til at afgive oplysninger i henhold til udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3):

”...

Additional information:

...

DALO has prepared a prequalification questionnaire (PQQ) which candidates are strongly encouraged to use when submitting their applications. The PQQ contains questions, forms and templates for providing information etc. in accordance with the requirements in this Contract Notice. However, it is emphasized that it is the sole responsibility of the candidate that the information provided fulfils the requirements..."

I PQQ'ens Template 5 vedrørende "Information regarding the technical and/or professional capacity" stod der:

" ...

Please note, that 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

It is emphasized, that only deliveries carried out within the last five (5) years will be included in the selection of candidates that will be invited to submit tenders. Thus, it is especially important that the column "Date of the deliveries" is completed.

..."

IAI skrev i PQQ'en 46 referencer. Af skemaet fremgik under "Date of the delivery" en årrækkeperiode, inden for hvilken der var sket levering af det antal enheder/leverancer, der var anført i rubrikken "Amount of systems delivered). IAI skrev ikke en dato for påbegyndelse og afslutning af de enkelte referencer.

I skemaet var det blandt anført, at der var sket følgende leverancer:

- MOSP (2000-2015) – 65 enheder
- MOSP (2010-2014) – 5 enheder
- MOSP (2008-2015) – 6 enheder
- MOSP (2010-2014) – 5 enheder
- MOSP (2012-2015) – 5 enheder
- MOSP (2003-2015) – 100 enheder
- MOSP (2009-2015) – 28 enheder

- Mini-Pop (2007-2017) – 25 enheder
- Pop-200/300 (2007-2015) – 12 enheder
- Pop-200/300 (2010-2015) – 13 enheder
- MOSP (2001-2015) – 100 enheder
- Pop-200/300 (2004-2015) – 15 enheder
- Mini-POP (2010-2018) – 450 enheder
- Mini-POP (2005-2014) – 50 enheder
- Mini-POP (2007-2018) – 200 enheder

Ved brev af 5. februar 2018 til IAI oplyste FMI, at IAI ikke var blandt de prækvalificerede, og at FMI havde valgt at prækvalificere Lockheed Martin Global Inc., OIP Sensor Systems og Precision Technic Defence A/S.

Som begrundelse for ikke at prækvalificere IAI stod der i brevet:

” ...

DALO’s prequalification decision has been made on the following basis:

Initially, DALO determined whether the candidates comply with the documentation requirements and minimum requirements set out in the Contract Notice.

...

Subsequently, DALO applied the criteria for limiting the number of candidates from 7 to 3 candidates, cf. section IV.1.2 of the Contract Notice:

“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. Besides nature and quantity it will further be evaluated positively if the candidate demonstrates experience with mast-mounted systems on vehicles and experience with delivery of all three categories A: Aircraft-mounted (rotary or fixed-wing), B: Maritime vessel-mounted and C: Vehicle-mounted.”

...

In relation to criteria 1) “nature and quantity”, DALO has reviewed the different candidates’ references and has determined that Israel Aerospace Industries Ltd. is not among the best qualified candidates. Israel Aerospace Industries Ltd. has delivered 75 systems equivalent in nature, cf. section II.1.5 in the Contract Notice and 20 masts. The pre-qualified candidates have all delivered 165 systems or more equivalent in nature as described in section II.1.5 in the Contract Notice, and further 2) all pre-qualified candidates have delivered mast-mounted systems (all three 100 pcs. or more) and 3) all pre-qualified candidates have delivered systems in all three categories.

Please note that DALO has used the guidelines stated in the Contract notice section III.2.3 and section IV.1.2 in order to evaluate the references:

- Three (3) lists 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 relevant previous deliveries cf. IV.1.2. If the delivery in question is ongoing, it is only the part of the services / 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).
- 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 evaluation will be based on the list of references submitted by the candidates according to section III.2.3). In order for DALO to make a selection between the candidates fulfilling the minimum requirement, it is therefore very important that the candidates provides DALO with a good description of previous deliveries. 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 has therefore not taken any references into consideration if it has not been possible for DALO to assess the amount of systems within the

past five years (January 2013-January 2018) and thus not taken references prior to 2013 into consideration nor deliveries not yet performed. This concept has been applied for all candidates applying for pre-qualification.

DALO has therefore only assessed the following references without any ambiguity:

- MK6 from 2017 - 2018 – units; 5 (DALO has taken this reference into consideration even though a data sheet is no submitted and there is therefore an uncertainty in regards to if the this delivery can be considered similar)
- Mini-Pop from 2014 - 2017 – units; 30
- Mini-Pop from 2015 - 2017 – units; 15
- Mini-pop from 2017 - 2018 – units; 5
- Mini-Pop from 2017 - 2018 – units; 6
- OPTO-225 from 2017 – 2018 – units; 145 (DALO has taken this Reference into consideration even though a data sheet is no submitted and there is therefore an uncertainty in regards to if the this delivery can be considered similar)

It is DALO's assessment that the pre-qualified candidates all have documented more relevant previous deliveries and a larger quantity both in regards to mobile sensors in all three categories and mast-mounted systems.

...”

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

IAI har til støtte for påstand 1 gjort gældende, at det var med urette, at FMI til brug for prækvalifikationsbeslutningen lagde til grund, at IAI alene havde leveret 75 enheder i medfør af de referenceprojekter, der er nævnt i ansøgningen.

Det fremgik af IAI's prækvalifikationsansøgning, at IAI i perioden 2013-2015 leverede 5 Micro-Pop-systemer til Non-NATO - Asia. FMI har ikke taget denne reference i betragtning, hvilket FMI burde have gjort, idet leverancen var sket inden for den af FMI fastsatte periode (januar 2013-januar 2018).

Det fremgik endvidere af IAI's prækvalifikationsansøgning, at IAI i perioden 2015-2019 havde leveret 20 POP-700-systemer og 15 MOSP-systemer til Non-NATO, Mid East.

IAI havde på tidspunktet for ansøgningsfristen den 16. januar 2018 konkret foretaget henholdsvis 20 og 15 leveringer, jf. det i skemaet anførte: "Amount of systems delivered", da udtrykket "delivered" kun kan forstås således, at leverancerne var gennemført på ansøgningstidspunktet.

Det fremgik ikke af udbudsbekendtgørelsen, at ansøgerne kun måtte opliste referencer fra de seneste 5 år, herunder at ansøgerne ikke måtte skrive referencer på, som strakte sig ud over den fastsatte periode.

Det er korrekt, at IAI ikke skrev en dato for påbegyndelse og afslutning af de enkelte referencer, men selv hvis IAI havde gjort dette, ville der ved anvendelsen af det udarbejdede skema (PQQ) fortsat have været tvivl om, hvor mange af leveringerne som var gennemført i den fastsatte tidsperiode.

FMI burde ved udarbejdelsen af skemaet have taget højde for, at ansøgerne formentlig ville have referencer, der strakte sig ud over den fastsatte periode, og skemaet har derfor ikke været hensigtsmæssigt udformet. De opståede fejl og uklarheder skyldes derfor FMI's egne forhold og bør ikke komme IAI til skade.

FMI har ved evalueringen af referencerne pligt til at lægge ordlyden i sit eget skema til grund, hvorfor referencerne i perioden 2015 - 2019 må opfattes som gennemført på tidspunktet for ansøgningen, jf. ordlyden i overskriften "Amount of systems delivered". Dertil kommer, at det må have formodningen for sig, at størstedelen af leverancerne var udført inden for den fastsatte periode, da fire ud af fem år, som perioden strakte sig over (2015-2019), lå inden for den fastsatte tidsperiode (2013-2018). Da leverancerne således var udført inden for den fastsatte periode, burde FMI have taget referencerne i betragtning.

FMI's udformning af udbudsmaterialet samt vurdering af referencerne har været egnet til at skabe et vilkårligt grundlag for prækvalifikationen, ligesom det må anses for uproportionalt, at FMI uden videre så bort fra referencer, der åbenbart var gennemført inden for den fastsatte tidsperiode.

For så vidt angår IAI's øvrige leveringer i perioden 2013-2018 gøres det gældende, at det tillige er uproportionalt og egnet til at skabe et vilkårligt grundlag for prækvalifikationen, når FMI uden videre så bort fra leverancer, der var angivet ved et tidsinterval.

Da det må have fremstået som åbenbart for FMI, at IAI for disse referencers vedkommende havde udført og afsluttet leverancer i den fastsatte periode, burde FMI have foretaget sin vurdering således, at antallet af leverede enheder for hver enkelt reference blev forholdsmæssigt fordelt i den oplyste periode.

Dette ville have ført til, at FMI kunne have taget det antal leverancer i betragtning, som måtte anses for udført i 2013 og fremefter. I hvert fald burde FMI have taget én leverance i betragtning for hvert år en reference overlappede den fastsatte periode 2013 – 2018.

Den metode, som FMI valgte, førte konkret til det væsentligt forkerte resultat, at IAI i prækvalifikationen blev bedømt på grundlag af 75 leverede systemer, hvor det korrekte antal var 632. FMI burde tillige have stillet opklarende spørgsmål til IAI for at undgå, at IAI blev bedømt på det åbenbart misvisende grundlag.

Det gøres endvidere gældende, at FMI burde have foretaget en kvalitativ såvel som en kvantitativ bedømmelse. FMI's prækvalifikationsbeslutning blev alene truffet på grundlag af en rent kvantitativ bedømmelse af tidligere leverancer og uden en kvalitativ bedømmelse, hvilket er i strid med udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2, hvorefter der skulle tages hensyn til "...nature and quantity of previous deliveries...". FMI har udelukkende opgjort antallet af leverede systemer, men uden at forholde sig til, i hvilket omfang systemerne efter deres "nature" (dvs. kvalitativt) svarede til den udbudte kontrakt.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at have prækvalificeret IAI.

IAI havde i sin ansøgning angivet flere referencer i tidsperioder, der rakte udover den seneste 5-årige periode. Det var ikke muligt for FMI at se,

hvornår de enkelte konkrete referencer relaterede sig til, herunder om de relaterede sig til perioden 2013-2018.

På den baggrund blev alene de referencer taget i betragtning, hvor det med sikkerhed fremgik, at referencen angik de seneste 5 år, hvilket var i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen.

Det gøres på den baggrund gældende, at FMI's prækvalifikationsvurdering, herunder vurderingen af referencer, blev foretaget i overensstemmelse med proceduren i udbudsbekendtgørelsen, og at prækvalifikationsprocessen var gennemsigtig for alle ansøgere.

Det gøres ligeledes gældende, at kravene i udbudsbekendtgørelsen og PQQ, vedrørende hvilke referencer FMI ville tage i betragtning, har haft til formål, og også har været egnet hertil, at behandle alle ansøgere ens.

For så vidt angår IAI's reference "Micro-POP 2013-2105" bestrides det, at FMI burde have taget denne i betragtning.

Referencen blev ikke taget i betragtning, da den kvalitativt/indholdsmæssigt ("nature") ikke blev vurderet relevant ("similar"). "Micro-POP" systemet er baseret på ukølede kameraer, hvilket ikke opfylder udbudsbekendtgørelsens krav om, at der skulle anføres referencer på systemer, der indeholdt et kølet termisk kamera.

I forhold til IAI's referencer i perioden 2015-2019 bestrides det tillige, at FMI burde have taget disse i betragtning.

Det fremgik klart af udbudsbekendtgørelsen, at alene referencer inden for de seneste 5 år før ansøgningsfristen ville blive taget i betragtning. Endvidere fremgik det også klart af udbudsbekendtgørelsen, at der ved løbende leverancer/referencer og periodeangivelser skulle skrives et specifikt start- og sluttidspunkt for de enkelte leverancer/referencer.

IAI skulle have anført den første og sidste leveringsdato for leverancer/referencer, der lå inden for de seneste 5 år, hvilket ville have været i overensstemmelse med de krav og vejledninger, der fremgik af udbudsbekendtgørelsen og PQQ. Dermed ville der ikke have været tvivl om, hvor

mange leverancer ("Amount of systems delivered") der var tale om indenfor de seneste 5 år.

Det bestrides, at antallet af leverancer/referencer i PQQ anført under "Amounts of systems delivered" kan tages som udtryk for enheder leveret på tidspunktet for ansøgningen. Angivelsen "Amounts of systems delivered" er en overskrift udarbejdet af FMI og er således ikke udtryk for en aktiv handling/tilkendegivelse fra IAI's side. Desuden anførte IAI selv perioden frem til 2019, hvorfor det var IAI, der gav anledning til tvivl om, hvorvidt systemerne reelt var leveret på tidspunktet for ansøgningen. Der må være en formodning for, at visse af systemerne endnu ikke var leveret, fordi de skulle leveres i 2019, når de var anført i perioden indtil 2019. Under alle omstændigheder følger det af fast klagens praksis, at det er ansøger/tilbudsgiver, der bærer risikoen for uklarheder i en ansøgning/tilbud.

Endelig bestrides det, at FMI skulle have taget IAI's øvrige leveringer i perioden 2013-2018 i betragtning.

Vurderingen af referencer blev foretaget i overensstemmelse med proceduren i udbudsbekendtgørelsen, og vurderingen har været gennemsigtig for alle ansøgere. Kravene i udbudsbekendtgørelsen og PQQ har endvidere haft til formål og også været egnet til at behandle alle ansøgere lige.

IAI kan ikke have været i tvivl om, hvilke referencer der ville blive tillagt vægt, og det forhold, at IAI på trods heraf valgte at anføre referencer udenfor den seneste 5-årige periode, bør ikke tillægges negativ betydning for FMI.

Kravet om, at referencerne alene skulle angå de seneste 5 år, er i overensstemmelse med forsvarsdirektivets bestemmelser og almindeligt kendt og anvendt ved udbud under forsvarsdirektivet.

Det bestrides, at fremgangsmåden ikke har været proportional, og at FMI burde have foretaget en forholdsmæssig fordeling af leverancer over de angivne år, eller som minimum burde have medtaget en enkelt reference pr. år. En sådan fremgangsmåde ville have været vilkårlig og i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, da det ikke på forhånd ville have været klart, hvilke referencer der ville indgå i vurderingen.

IAI bærer risikoen for at ansøgningen ikke indeholdt de nødvendige oplysninger.

FMI har en ret, men ikke en forpligtelse, til at stille opklarende spørgsmål.

FMI foretog såvel en kvalitativ såvel som en kvantitativ bedømmelse.

Den kvalitative vurdering har været en integreret del af vurderingen af referencernes karakter. jf. ”which candidates have documented the most relevant previously deliveries in comparison to the contract/purchases described in section II.1.5 above, in terms of the nature and quantity”, jf. også ovenfor om Micro-POP referencen. Desuden var det udtryk for en kvalitativ vurdering, i hvor høj grad referencerne angik maste-monterede systemer, samt i hvor høj grad referencerne dækkede alle tre kategorier.

Efter fast klagenævnspraksis tillægges ordregiver et relativt vidt fagligt/kvalitativt skøn, og der er ikke noget, der tilsiger, at FMI har overskredet den skønsbeføjelse, der på en gennemsigtig måde er beskrevet i udbudsbekendtgørelsen.

Ad påstand 2

IAI har til støtte for påstand 2 gjort gældende, at den af påstand 1 omfattede overtrædelse af udbudsreglerne skal føre til annulation af FMI's prækvalifikationsbeslutning, da det er sandsynligt, at prækvalifikationen ville have fået et andet udfald, hvis FMI havde taget alle relevante referencer i betragtning, havde stillet opklarende spørgsmål og/eller havde anlagt en kvalitativ bedømmelse af referencer udover den rent kvantitative.

FMI's beslutning om at prækvalificere Lockheed Martin Global Inc., OIP Sensor Systems og Precision Technic Defence A/S skal derfor annulleres, jf. klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og at der derfor ikke foreligger noget grundlag for at annullere prækvalifikationsbeslutningen.

Det var berettiget ikke at prækvalificere IAI, da de prækvalificerede kandidaters ansøgninger indeholdt referencer, der var mere relevante end dem, IAI's ansøgning indeholdt.

Selv hvis IAI måtte få helt eller delvist medhold, ville det ikke medføre, at prækvalifikation/udvælgelsen af tilbudsgivere var forkert, hvilket er IAI's bevisbyrde at sandsynliggøre. Antallet af referencer fra IAI's side ville ikke have påvirket udfaldet af prækvalifikationen, da flere af IAI's referencer manglede erfaring med maste-monteret systemer set i forhold til de prækvalificerede tilbudsgivere.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I udbudsbetingelsernes pkt. III.2.3) stod der blandt andet følgende vedrørende kravene til oplysninger om referencerne:

” Three (3) lists 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.

...

Each list should preferably include a short description of each delivery e.g. in the form of a data sheet. The description should also contain information on:

...

- the date of the deliveries,
- the amount of systems delivered,

...

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 relevant previous deliveries cf. IV.1.2. If the delivery in question is ongoing, it is only the part of the services / 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).

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.
 ...”

I udbudsbetingelsernes pkt. IV.1.2) stod der: “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.”

Desuden var det i udbudsbetingelsernes pkt. VI.3) vedrørende PQQ (prequalification questionnaire) i overensstemmelse med sædvanlig klagenævnsspraksis anført: “However, it is emphasized that it is the sole responsibility of the candidate that the information provided fulfils the requirements...”

I PQQ Template 5 stod der:

“Please note, that 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

It is emphasized, that only deliveries carried out within the last five (5) years will be included in the selection of candidates that will be invited to submit tenders. Thus, it is especially important that the column "Date of the deliveries" is completed.”

Der følger klart heraf, at der for de enkelte referencer skulle gives oplysning om dato for leverancernes begyndelses- og færdiggørelsestidspunkt samt antal enheder, og at der kun ville blive lagt vægt på de leveringer, som var udført inden for fristen for ansøgning om prækvalifikation. Såfremt der var tale om løbende leverancer i henhold til en igangværende rammeaftale, ville der kun blive lagt vægt på den del af leverancerne, der var udført og afsluttet inden for fristen for ansøgning om prækvalifikation.

IAI skrev i PQQ årsangivne perioder, der for størstedelens vedkommende rakte udover eller lå uden for den 5-årige periode, der var omfattet af udbudsbetingelserne. Det fremgik ikke med datoangivelse, hvornår leverancerne konkret havde fundet sted i de enkelte år, og det var på den baggrund

ikke muligt for FMI at se, hvilket år de konkrete referencer relaterede sig til.

Klagenævnet finder, at FMI på den baggrund har været berettiget til at se bort fra de referencer, hvor der var usikkerhed om, hvilket år de relaterede sig til.

IAI bærer risikoen for fejl eller ufuldstændigheder i ansøgningen, hvilket også var skrevet ind i udbudsbetingelserne. FMI har ikke været forpligtet til at søge ansøgningen uddybet eller præciseret.

FMI har heller ikke haft pligt til at foretage en forholdsmæssig fordeling af det anførte antal leverancer på de enkelte år, da dette ville medføre en vilkårlighed og uigennemsigtighed i forhold til, hvilke referencer der ville indgå.

Begrænsningen af antallet af ansøgere fra de 12 egnede til de 3, der skulle prækvalificeres, bygger i et vist omfang på et skøn. Efter fast praksis har en ordregiver et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede, der efter de offentliggjorte kriterier er bedst egnede og derfor skal prækvalificeres.

Dette skøn kan efter fast praksis kun tilsidesættes, hvis det er usagligt, hviler på et objektivi forkert grundlag eller hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens skøn. Klagenævnet erstatter herved ikke ordregiverens skøn med sit eget.

Relevansen af referencerne må vurderes på baggrund af beskrivelsen af den udbudte kontrakt i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5) og de krav til referencerne, der var beskrevet i punkt III.2.3), hvilket skal sammenholdes med oplysningerne i ansøgningen om prækvalifikation.

Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at fastslå, at FMI's skøn over relevansen af de øvrige referencer, som IAI havde henvist til i ansøgningen, var åbenbart urigtigt, eller at FMI ved skønnet har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. FMI er derfor ikke gået uden for rammerne af det skøn, som tilkommer en ordregiver.

Der er ikke grundlag for som påstået at antage, at FMI ikke både foretog en kvantitativ og en kvalitativ vurdering af IAI's referencer. Det fremgik således også klart af afslagsbrevet, at "Israel Aerospace Industries Ltd. has delivered 75 systems equivalent in nature...The pre-qualified candidates have all delivered 165 systems or more equivalent in nature as described in section II.1.5..." og "it is DALO's assessment that the prequalified candidates all have documentet more relevant previous deliveries and a larger quantity.....".

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af prækvalifikationsbeslutningen af 5. februar 2018 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Israel Aerospace Industries Ltd. skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig