

K E N D E L S E

Dommerby Stål A/S
(Steen Jensen, Fredericia)

mod

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

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 086-168694 af 2. maj 2017 udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI") en 7-årig rammeaftale om levering af "flatrack workshop container systems and related services". Udbuddet blev gennemført i henhold til forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 26 (direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009) med udbudsformen udbud med forhandling.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 5. juni 2017 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. BNS Nordic Shelter AB (baseret på BNS Holding AS, hvad angår økonomisk formåen og baseret på Nordic Shelter Production OÜ og HIAB Limited Government Business Operations, hvad angår teknisk formåen)
2. Copenhagen Global A/S (baseret på Steep GmbH, hvad angår teknisk formåen)
3. Dommerby Stål A/S ("Dommerby Stål") (baseret på PM Energi A/S, TMP Hydraulik A/S og Flairmo ApS, hvad angår økonomisk og teknisk formåen)
4. G3 Systems Limited

5. Gartec S.r.l.
6. Glaucus ApS (baseret på RIA-JMTC, hvad angår økonomisk og teknisk formåen)
7. Konecranes A/S
8. Marshall Land Systems Limited
9. OMP Engineering SRL
10. Pro-Safe A/S (baseret på ARPA EQUIUPOS MOVILES DE CAMPANA, hvad angår teknisk formåen).
11. Variel, a.s.

Den 27. juni 2017 besluttede FMI at prækvalificere Dommerby Stål, G3 Systems Limited, Glaucus ApS og Marshall Land Systems Limited, da disse virksomheder samlet set vurderedes at have dokumenteret de mest relevante leverancer.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af endeligt tilbud den 9. februar 2018 havde Dommerby Stål, Glaucus ApS og Marshall Land Systems Limited afgivet tilbud. Den 20. marts 2018 besluttede FMI at indgå kontrakt med Glaucus ApS, og kontrakt blev herefter indgået den 23. april 2018.

Den 8. juni 2018 indgav Dommerby Stål klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Klagen har været behandlet skriftligt.

Dommerby Stål har nedlagt følgende endelige påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Forsvarsdirektivet 2009/81/EF af juli 2009 § 4 ved, ikke at have foretaget en tilstrækkelig evaluering af Glaucus ApS’ endelige tilbud (BAFO), da tilbuddet indeholdt åbenbare væsentlige oplysninger, der dokumenterede, at den tekniske tilbudte løsning ikke var udarbejdet, af den forpligtende støttende enhed, som Glaucus ApS beroede sin tekniske kapacitet på i prækvalifikationen og det indledende tilbud, men var udarbejdet af en ny enhed, Glaucus ApS ikke beroede sin tekniske kapacitet på og derfor ikke var blevet prækvalificeret sammen med, hvilket forpligtede indklagede til, at foretage en effektiv kontrol af det endelige tilbud (BAFO) fra Glaucus ApS og efterfølgende afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt, da tilbudsgiveren og den nye støttende enhed, ikke opfyldte kravene til egnethed og udvælgelse, anført i udbudsbekendtgørelsen og det øvrige

udbudsmateriale og ikke blev udvalgt på baggrund af de objektive kriterier for udvælgelse.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Forsvarsdirektivet 2009/81/EF af juli 2009 § 4, ved at acceptere at Glaucus ApS efter an søgnings – og tilbudsfristens udløb for det indledende tilbud (INDO) har udvidet og dermed ændret i, kredsen af støttende enheder, som Glaucus ApS beror sig på, med yderligere en deltager, uden at betingelserne herfor er opfyldt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling i Forsvarsdirektivet 2009/81/EF af juli 2009 § 4 ved, at tildele kontrakten til Glaucus ApS.

Påstand 4

Klagenævnet skal på baggrund af de konstaterede udbudsretlige overtrædelser annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 20. marts 2018 jf. lov om klagenævnet for udbud, § 13, stk. 1, nr. 2.”

Dommerby Stål har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen af 2. maj 2017 er blandt andet fastsat følgende:

”...

III.2.2)

Økonomisk og finansiel kapacitet

Kriterier angående de økonomiske aktørers økonomiske og finansielle formåen (som kan føre til at de udelukkes)

...

The candidate must provide the following information:

A statement of the candidate's general yearly turnover for the last 3 financial years, and (2) the candidate's equity at the end of the last financial year, if publication of annual reports is required under the law of the country in which the candidate is established, and to the extent such information is available. When groups of entities (e.g. consortiums), including temporary joint ventures, participate in the tender procedure together, the documentation must be provided for each of the participating entities. If the candidate relies on the economic and financial standing of another entity or entities (e.g. a parent or sister company or a sub supplier), the documentation must equally be provided for each entity or entities.

...

IV.1.2)

Grænse for, hvor mange økonomiske aktører der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet antal økonomiske aktører: 4

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater:

The limitation of candidates will be based on an evaluation of which candidates have documented the most relevant previous deliveries in comparison to the contract/purchases described in section II.1.5) above, in terms of the nature and quantity of the previous deliveries. The evaluation will be based on the list submitted by the candidates. Please note that any ambiguities and/or incomprehensibilities in the information submitted under III.2.3) may be regarded negatively in the evaluation when selecting the limited numbers of candidates.

...

VI.3)

Yderligere oplysninger:

...

According to the EU public procurement directives, a candidate may rely on the economic and financial standing and/or technical and/or professional capacity of other entities, regardless of the legal nature of the links with the entities. If a candidate wants to rely on other entities and wishes that the capacity of other entities is taken into account when DALO assesses the suitability of the candidate, the candidate must prove that the other entities will and shall put the relevant resources at the disposal of the candidate. A template for a declaration from the sup-

porting entity to this effect is included in the prequalification questionnaire referred to above.

...”

Tildelingskriteriet er i ”Instructions to Tenderers” nærmere beskrevet som:

”...the most economically advantageous tender. In the evaluation of the offers, DALO will use the following sub-criteria with the specified weighting:

1. Price 60 %
2. Quality 40 %

The percentages indicate the weighting of each sub-criterion in the evaluation of the offer.”

I pkt. 7.2 vedrørende ”Deadline for submission of the BAFO” hedder det blandt andet:

”The BAFO – must be kept valid and open in 6 months after the deadline.”

Inden for fristen for ansøgning om prækvalifikation den 5. juni 2017 modtog FMI som nævnt ansøgninger fra 11 virksomheder, herunder Dommerby Stål, Glaucus ApS og OMP Engineering SRL.

Det fremgår af ansøgningen fra Glaucus ApS, der blev indgivet på den skabelon, som FMI havde udarbejdet (prequalification questionnaire (PQQ)), at virksomheden for så vidt angår sin økonomiske og tekniske formåen baserede sig på virksomheden Rock Island Arsenal Joint Manufacturing and Technology Center (”RIA-JMTC”).

I PQQ’ens støtteerklæringer, som RIA-JMTC underskrev den 1. juni 2017, erklærede RIA-JMTC i template 2 vedrørende ”Economic and Financial Standing”:

“...that Glaucus ApS, CVR-nr. 35409432 applying for prequalification may rely on our economic and financial capacity, cf. directive 2009/81/EC, art. 41(2), with regard to section III.2.2) of the Contract Notice, and that those resources will be put at the disposal of the before

mentioned candidate applying for prequalification for the purpose of fulfilling the contract.”

Videre erklærede RIA-JMTC i template 3 vedrørende ”Technical and/or Professional Capacity”:

“...that the company Glaucus ApS, CVR-nr. 35409432 applying for prequalification may rely on our technical and/or professional capacity, cf. directive 2009/81/EC, art. 42(2), with regard to section III.2.3) of the Contract Notice, and that those resources will be put at the disposal of the before mentioned candidate applying for prequalification for the purpose of fulfilling the contract.”

FMI besluttede som nævnt den 27. juni 2017 at prækvalificere Dommerby Stål, G3 Systems Limited, Glaucus ApS og Marshall Land Systems Limited, da disse virksomheder samlet set vurderedes at have dokumenteret de mest relevante leverancer.

Af prækvalifikationsnotat af 27. juni 2017 fremgår blandt andet følgende:

”4.6 Glaucus ApS

Ansøger har angivet 2 referencer, som ligger til grund for evalueringen.

Ansøger har særligt angivet én reference (nr. 1), som er direkte sammenlignelig med det efterspurgte materiel. Referencen indeholder løftekapacitet, generator og løsning for trykluft. Herudover er der tilknyttet træning, service og vedligehold til leverancen. Kunden er en forsvarsmyndighed. Endeligt er der tale om en stor leverance.

Samlet vurderes ansøgers referencer som **særdeles relevante** ud fra de i udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2 angivne kriterier.

...

4.9 OMP Engineering SRL

Ansøger har angivet 7 referencer. To af disse referencer (nr. 6 og 7) vedrører dog leverancer, der ikke er gennemført inden for referenceperioden (inden for de seneste fem år). Referencerne, der i øvrigt også overskrider ”loftet” på fem referencer, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3, er således for gamle.

De resterende 5 referencer danner grundlag for evalueringen.

De angivne referencer rammer ikke fuldt ud de søgte systemer, men to af referencerne har dog i nogen grad egenskaber, der tillægges positiv vægt. Reference nr. 3 vedrører et semi-mobilt værksted, men der er ikke oplysninger om kran, generator og trykluft. Reference 4 vedrører et våbenværksted. De øvrige referencer vurderes ikke at vedrøre det efterspurgte.

Referencerne indeholder træning, service og vedligehold. Der er leveret til forsvarsmyndigheder.

Samlet vurderes ansøgers referencer som **relevante** ud fra de i udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2 angivne kriterier.

...”

Inden for fristen for indledende tilbud den 1. oktober 2017 afgav Dommerby Stål, Glaucus ApS og Marshall Land Systems Limited et første, indledende tilbud.

I Glaucus ApS’ cover letter til det indledende tilbud står der blandt andet følgende:

”In response to DALO's invitation to tender, we hereby submit our INDO1 for the Framework Agreement regarding supply of Flatrack Workshop Container Systems and related services.

The INDO is kept open for acceptance for 6 (six) months after the expiry of the deadline for submission of offers.

...”

Efter forhandlinger med de tre tilbudsgivere indgav disse inden for fristen den 9. februar 2018 endeligt tilbud.

I Glaucus ApS’ cover letter til det endelige tilbud står der blandt andet følgende:

”In response to DALO's invitation to tender, we hereby submit our BAFO for the Framework Agreement regarding supply of Flatrack Workshop Container Systems and related services.

The INDO is kept open for acceptance for 6 (six) months after the expiry of the deadline for submission of offers.

...

Based on DALO's substantial feedback on our submitted INDO1, Glaucus ApS has now, alongside the established Public Private Partnership with RIA-JMTC, also teamed up with the European company OMP Engineering SRL (www.omp-italia.com) to improve our offer by directly addressing this feedback..."

Som en del af det endelige tilbud indleverede Glaucus ApS 4 tekniske dokumenter.

Den 20. marts 2018 besluttede FMI at indgå kontrakt med Glaucus ApS. Af tildelingsbrevet fremgår blandt andet følgende:

"DALO has found that the following candidates have submitted compliant BAFOs according to the documentation requirements and minimum requirements (M- and K-Requirements) set out in the Instructions to tenderers:

- Glaucus ApS
- Dommerby Stål A/S

DALO regrets to inform you that you have not been awarded the contract.

DALO has found that Glaucus ApS has submitted the most economically advantageous tender.

DALO's award decision is based on the following reasons:

The overall evaluation of the winning offer and Dommerby Stål A/S' offer can be illustrated as follows:

Tenderer	Price			Quality			Overall score
	Price in DKK	Grade	Weight	Points	Grade	Weight	
Dommerby Stål	29.186.000	3,83	60%	408	4,64	40%	4,15
Glaucus	25.455.359	5,00		430	4,89		4,95

...

Dommerby Stål A/S has received the highest grades in relation to almost all of the Conditional Requirements. Dommerby Stål A/S has thus made an offer of very high quality. The winning offer is however of even higher quality. As stated in the chart above the winning offer has received 22 points more than Dommerby Stål A/S. Dommerby Stål A/S has received the grade 4,64 while the winning offer has received 4,89.

...”

På baggrund af en henvendelse fra Dommerby Stål til FMI, rettede FMI efter tildelingsbeslutningen henvendelse til Glaucus ApS for at få afklaret, hvorvidt RIA-JMTC fortsat stod til rådighed for Glaucus ApS’ opfyldelse af rammeaftalen, hvilket Dommerby Stål havde rejst tvivl om.

I e-mail af 26. marts 2018 til Glaucus ApS oplyste RIA-JMTC i den forbindelse følgende:

”Emne: Reconfirmation of Glaucus’ reliance on RIA-JMTC capabilities (as laid out in template 2 and 3)

...

I hereby confirm that the attached Template 2 and Template 3 is valid and in force with respect to the supply of Flatrack Workshop Container Systems cf. contract notice no. 2017/S 086-168694.

RIA-JMTC will be standing by for the final Scope-of-Work (SOW) and Technical Data Package (TDP) to quote that will be ultimately executed to build this equipment for the Danish Government.

...”

Ved brev af 9. april 2018 redegjorde Glaucus ApS endvidere nærmere for RIA-JMTC’ rolle i Glaucus ApS’ opfyldelse af rammeaftalen med FMI.

Af brevet fremgår følgende:

”**Subject:** Clarification of US Army Rock Island Arsenal Joint Manufacturing and Technology Center’s (RIA-JMTC) involvement in the delivery of Flatrack Workshop Container Systems and related services to DALO according to contract notice no. 2017/S 086-168694 for the full-

fillment of the frame work agreement between DALO and Glaucus announced by DALO to be signed on April 18, 2018.

The foundation for the collaboration between RIA-JMTC and Glaucus is the established Public Private Partnership between the two entities. The Public Private Partnership allows Glaucus to utilize the manufacturing and support capabilities of RIA-JMTC, including any needed design, engineering and management effort from US Army Armament Research, Development & Engineering Center (ARDEC) and Product Manager for Sets, Kits, Outfits and Tools (PMSKOT) as presented to DALO during the negotiation meeting in November 2017.

RIA-JMTC is substantially involved in the fulfillment of the framework agreement and delivery of Flatrack Workshop Container Systems and related services to DALO (cf. subject above). RIA-JMTC will participate in essential phases, including the design, prototyping, manufacturing, training and servicing of the systems and be a supplier to Glaucus in this respect.

In terms of the delivery of training (operator course and service/maintenance course) and services (craftman, draughtsman and engineering) to DALO, RIA-JMTC is involved with the respect of exchanging know-how and knowledge to Glaucus.

RIA-JMTC is further substantially involved in the upgrades to be offered to DALO in the coming design phase. These upgrades are based on US Army's use of the Forward Repair System during the last two decades and the lessons learned during this period. US Army 708th Maintenance Battalion in Smith Barracks, Germany is via RIA-JMTC also directly supporting Glaucus in this effort."

FMI indgik herefter kontrakt med Glaucus ApS den 23. april 2018.

Parternes anbringender

Dommerby Stål har ad påstand 1-3 gjort gældende, at det endelige tilbud fra Glaucus ApS indeholdt oplysninger, der åbenbart viste, at den tekniske løsning var udarbejdet af OMP Engineering SRL og ikke af RIA-JMTC, som Glaucus ApS ellers havde baseret sin tekniske kapacitet på, og som Glaucus ApS var forpligtet til at lade udføre opgaven i kontraktperioden.

Disse oplysninger burde have skabt betydelig tvivl hos FMI om rigtigheden i tilbuddets indhold og i forhold til, hvem den støttende enhed reelt var. Den tekniske kapacitet for projektledelse, design, udvikling og prototype, der

var en væsentlig del af kontrakten, var dermed blevet placeret hos OMP Engineering SRL, således at Glaucus ApS reelt havde udvidet tilbudsgiverkonstellationen med en ny støttende enhed vedrørende den tekniske kapacitet. FMI var derfor forpligtet til at foretage en effektiv efterprøvning og kontrol af oplysningerne.

FMI evaluerede ikke det endelige tilbud fra Glaucus ApS på en objektiv og saglig måde og under overholdelse af de grundlæggende principper og det forvaltningsretlige skøn, da FMI ikke tilstrækkeligt efterprøvede de nye oplysninger.

I redegørelsen fra Glaucus ApS står der specifikt ikke, at den tilbudte løsning stadig er en løsning med RIA-JMTC. Tværtimod bekræftes det, at RIA-JMTC ikke længere er hovedansvarlig for den tilbudte løsning, men blot vil deltage i forskellige faser af projektet. Dette viser, at der er indtrådt en ny hovedansvarlig leverandør af den tekniske løsning, nemlig OMP Engineering SRL.

Der var dermed ikke længere identitet mellem tilbudsgiverkonstellationen på tidspunktet for prækvalifikationen/det indledende tilbud og det endelige tilbud, hvilket der skal være som følge af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det må således kunne udledes af ligebehandlingsprincippet og i øvrigt af udbudslovens § 147, stk. 4, at en ordregiver ikke må acceptere en udvidelse af det antal forpligtende støttende enheder, en tilbudsgiver støtter sig på, efter udløbet af en ansøgningsfrist, da den eller de nye enheder sammen med tilbudsgiver ikke har været genstand for en evaluering i prækvalifikationsfasen, og da de derfor ikke har godtgjort overfor ordregiveren, at denne reelt råder over de økonomiske og tekniske ressourcer samt opfylder øvrige egnetheds- og udvælgelseskriterier.

Ved det indledende tilbud var tilbudsgiver Glaucus ApS og RIA-JMTC, mens tilbudsgiver ved det endelige tilbud var Glaucus ApS, RIA-JMTC og OMP Engineering SRL. Glaucus ApS havde dermed inddraget en ny støttende enhed i stedet for RIA-JMTC vedrørende håndtering af den særligt betydelige tekniske del af opgaven, hvorved det blev muligt at reducere den samlede tilbudssum. Dette havde ikke været muligt med den oprindelige tilbudte løsning fra RIA-JMTC. OMP Engineering SRL var således en væsentlig og afgørende støttende enhed vedrørende den tekniske kapacitet for projektledelse, design, udvikling og prototype for løsningen til FMI i stedet

for RIA-JMTC. RIA-JMTC's rolle var dermed blevet ændret til, at virksomhedens opgave var "Standing by for the final Scope-of-Work (SOW) and Technical Data Package (TDP) to quote that will be ultimately executed to build this equipment for the Danish Government." og afvente yderligere instruktion fra Glaucus ApS.

Dette støttes af indholdet af Glaucus ApS' cover letter til det endelige tilbud, hvor det blandt andet fremgår, at "...Glaucus ApS has now, alongside the established Public Private Partnership with RIA-JMTC, also teamed up with the European company OMP Engineering SRL...". Det støttes endvidere af, at tilbudssummen fra Glaucus ApS' indledende tilbud, der var afgivet i USD, til det endelige tilbud, der var afgivet i EUR, var halveret fra over 55 mio. kroner til 25.455.359 kroner, hvilken reduktion kun var mulig med en ny støttende enhed, da OMP Engineering SRL's tekniske løsning er væsentligt billigere end den oprindelige løsning fra RIA-JMTC, jf. det indledende tilbud fra Glaucus ApS. Endelig støttes det af skærmpoint af fakta på samtlige 4 tekniske dokumenters egenskaber fra Glaucus ApS' endelige tilbud, som viser, at de er udarbejdet af Frederico Bedin og andre personer ansat hos OMP Engineering SRL eller som underleverandør til OMP Engineering SRL. Dokumenterne udgør den samlede tekniske dokumentationsdel af Glaucus ApS' endelige tilbud. Dokumenterne viser desuden datoer for redigeringer kort før tilbudsfristen på det endelige tilbud.

OMP Engineering SRL er ikke bare en underleverandør, men en forpligtende støttende enhed, der i væsentlig grad udfører de tekniske løsninger/tegninger og bidrager med teknisk kapacitet i kontraktperioden i form af medarbejdere med de rette erfaringer og kvalifikationer samt produktion til Glaucus ApS, da Glaucus ApS ikke selv er i besiddelse af den tekniske kapacitet.

I udbuddet ansøgte OMP Engineering SRL selvstændigt om prækvalifikation, hvilket virksomheden ikke blev. Som en konsekvens af FMI's ulovlige tildeling af kontrakten til Glaucus ApS blev OMP Engineering SRL alligevel hovedleverandør af projektet. Såfremt Glaucus ApS havde afgivet tilbud alene med OMP Engineering SRL som støttende enhed vedrørende økonomisk og teknisk formåen, havde Glaucus ApS sandsynligvis ikke opnået prækvalifikation.

RIA-JMTC har i e-mail af 26. marts 2018 med formuleringen ”RIA-JMTC will be standing by for the final Scope-of-Work (SOW) and Technical Data Package (TDP) to quote that will be ultimately executed to build this equipment for the Danish Government” anerkendt, at virksomheden er trådt et skridt tilbage til nu at afvente, at OMP Engineering SRL færdiggør designet og sammen med Glaucus ApS tildeler RIAJ-MTC ”en del” af den samlede opgave.

I brev af 9. april 2018 bekræftede Glaucus ApS, at RIA-JMTC kun delvist var en del af projektet, da RIA-JMTC kun skulle deltage i væsentlige faser (essential phases). Formuleringen indikerede tydeligt, at RIA-JMTC i fasen op til det endelige tilbud ikke var den eneste støttende enhed for den tekniske del, som Glaucus ApS beroede sig på vedrørende “*the design, prototyping, manufacturing, training and services of the system*”, men at OMP Engineering SRL nu indgik i disse faser.

FMI må anses at have anerkendt, at såfremt en enhed støtter med teknisk kapacitet, skal der foreligge en støtteerklæring. FMI må endvidere anses at have anerkendt, at OMP Engineering SRL er inddraget som underleverandør, da det i duplikken blev anført, at ”Glaucus ApS vil i øvrigt under hele rammeaftalens løbetid være frit stillet til at anvende andre underleverandører end OMP Engineering Srl.”

Glaucus ApS har alene anført ”reduktion i tilbudssum fra det indledende tilbud til det endelige tilbud”, som årsag til ændringen/udvidelsen. Det var derfor ikke pludseligt indtrådte forhold mv. omfattet af udbudslovens § 147, stk. 1, der også må finde anvendelse i denne sag, som betød, at RIA-JMTC ikke længere (alene) kunne udgøre den tekniske løsning for Glaucus ApS. Tilbudssummen i det indledende tilbud fra Glaucus ApS og RIA-JMTC var det dyreste i forhold til de øvrige tilbud. Glaucus ApS var derfor tvunget til at reducere tilbudssummen i det endelige tilbud ved at udskifte markante dele af den tekniske løsning med en meget billigere løsning, som blev tilbudt af det italienske firma OMP Engineering SRL, hvilket var den reelle årsag til udvidelsen.

En forpligtende støttende enhed kan ikke udskiftes, når den har haft afgørende betydning for resultatet af en prækvalifikationsrunde, medmindre særlige forhold taler herfor. Sådanne særlige forhold har som anført ikke været til stede. Glaucus ApS opnåede alene prækvalifikation på grund af

RIA-JMTC's økonomiske og tekniske formåen. Derfor kunne Glaucus ApS ikke lovligt i tilbudsfasen mellem det indledende tilbud og det endelige tilbud udskifte RIA-JMTC med OMP Engineering SRL vedrørende markante dele af den tekniske løsning og derved udvide antallet af deltagere i den samlede konstellation.

Det følger endvidere af ligebehandlingsprincippet, at når en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på andre enheders uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer eller relevante faglige erfaring, skal den del af kontrakten i kontraktperioden, der kræver sådanne kvalifikationer eller erfaring, udføres af den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på.

Glaucus ApS var derfor forpligtet til at lade RIA-JMTC indgå som forpligtende teknisk støttende enhed i hele tilbudsprocessen og lade RIA-JMTC udføre hele den tekniske del af opgaven i hele kontraktperioden.

Tilbuddet skulle derfor have været afvist som ukonditionsmæssigt, da Glaucus ApS og den nye støttende enhed ikke opfyldte kravene til egnethed og udvælgelse anført i udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale. Desuden var virksomhederne ikke blev udvalgt på baggrund af de objektive kriterier for udvælgelse. Det var ulovligt for Glaucus ApS at udvide antallet af støttende enheder vedrørende teknisk kapacitet, og det var ukonditionsmæssigt at afgive tilbud med en ny støttende enhed, der ikke sammen med tilbudsgiver var blevet prækvalificeret. Desuden har OMP Engineering SRL ikke godtgjort overfor FMI, at Glaucus ApS reelt råder over de tekniske ressourcer OMP Engineering SRL stiller til rådighed for Glaucus ApS. Endelig er det ikke godtgjort, at OMP Engineering SRL ikke er udelukket i henhold til de obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde.

Den omstændighed, at RIA-JMTC den 26. marts 2018 overfor Glaucus ApS bekræftede, at RIA-JMTC's støtteerklæringer stadig var gyldige, er uden betydning for Dommerby Ståls påstande.

Det endelige tilbud fra Glaucus ApS blev heller ikke vedstået i 6 måneder, som er et mindstekrav. Også af den grund burde tilbuddet have været afvist som ukonditionsmæssigt, da tilbuddet indeholdt et ulovligt forbehold, og således ikke opfyldte betingelserne for en fyldestgørende og konditions-mæssig ansøgning.

FMI har ad påstand 1-3 overordnet gjort gældende, at det afgørende alene er, om RIA-JMTC kan siges fortsat at udgøre en støtteenhed til Glaucus ApS, hvilket ubestridt er tilfældet.

Da Glaucus ApS' tilbud objektivt set var konditionsmæssigt, er det irrelevant, hvorvidt FMI foretog en "tilstrækkelig evaluering". Det gøres dog under alle omstændigheder gældende, at FMI foretog en tilstrækkelig evaluering og kontrol af Glaucus ApS' tilbud.

FMI har nærmere anført, at Glaucus ApS overfor FMI godtgjorde, at RIA-JMTC udgjorde en støttevirksomhed til Glaucus ApS som beskrevet i anmodningen om prækvalifikation, og at Glaucus ApS herved rådede over de ressourcer fra RIA-JMTC, der var nødvendige for kontraktens udførelse, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 42, stk. 2.

Det følger af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 42, stk. 2, at dette kan godtgøres "f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for den økonomiske aktør."

FMI havde i overensstemmelse hermed i udbudsbekendtgørelsen pkt. VI.3 anmodet om støtteerklæringer i tilfælde af, at ansøgere om prækvalifikation ønskede at basere sig på andre. Der var ikke i udbudsmaterialet, herunder rammeaftalen, fastsat yderligere krav til anvendelsen af støttevirksomheder.

Glaucus ApS fremlagde i sin prækvalifikationsansøgning tilsagn i form af de fremlagte støtteerklæringer. Herved godtgjorde Glaucus ApS over for FMI, at virksomheden rådede over de ressourcer fra RIA-JMTC, der var nødvendige for kontraktens udførelse.

Glaucus ApS overholdt dermed de fastsatte betingelser om brug af støttevirksomheder, og det er ikke efterfølgende oplyst, at RIA-JMTC ikke længere skulle vedstå sig erklæringerne. Der var heller ikke noget i Glaucus ApS' endelige tilbud, der gav FMI anledning til at tro, at RIA-JMTC ikke længere skulle være forpligtet som beskrevet i støtteerklæringerne.

FMI var på den baggrund berettiget og forpligtet til at tage Glaucus ApS' endelige tilbud i betragtning, da det i øvrigt fandtes at opfylde alle dokumentations- og mindstekrav i udbudsmaterialet.

På baggrund af Dommerby Ståls henvendelse indhentede FMI før rammeaftalens indgåelse en redegørelse fra Glaucus ApS, der via genbekræftelsen fra RIA-JMTC dokumenterede, at RIA-JMTC fortsat var støttevirksomhed for Glaucus ApS.

Der er ikke formuleringer i redegørelsen, der indikerer, at RIA-JMTC ikke længere stiller ressourcer til rådighed som lovet i støtteerklæringerne.

Det forhold, at RIA-JMTC i genbekræftelsen af sin støtteerklæring anførte, at man ”will be standing by”, kan ikke være anderledes, når den udbudte kontrakt har karakter af en rammeaftale, hvor RIA-JMTC er nødt til at vente med at igangsætte konkrete arbejdsopgaver, til der foreligger en ordre fra FMI til Glaucus ApS og herefter fra Glaucus ApS til RIA-JMTC. Når det sker, er RIA-JMTC ifølge erklæringen klar til, at ”build this equipment for the Danish Government”.

Ved kontraktindgåelsen var det således fuldt dokumenteret, at RIA-JMTC ikke alene fortsat stod til rådighed for Glaucus ApS, men også var tiltænkt en væsentlig rolle i forbindelse med kontraktopfyldelsen.

Det er underordnet, hvem der bistod Glaucus ApS med at udforme sine tilbud, ligesom det ikke har nogen betydning for RIA-JMTC's forpligtelser som støtteenhed, at Glaucus ApS for nuværende måtte anvende en yderligere underleverandør til opfyldelse af kontrakten.

Glaucus ApS har ikke på noget tidspunkt i løbet af udbudsprocessen støttet sig på OMP Engineering SRL i udbudsretlig forstand. Glaucus ApS har derfor ikke i sit endelige tilbud ”udvidet og dermed ændret i kredsen af støttende enheder”.

Selv hvis dette havde været tilfældet, er der ikke noget udbudsretligt forbud mod at basere sit endelige tilbud på anvendelse af en underleverandør, som ikke var forudsat i det indledende tilbud. Et sådant forbud følger hverken af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, ligebehandlingsprincippet eller princippet i udbudslovens § 147.

Formålet med udbudsformen udbud med forhandling er tværtimod netop, at tilbudsgiverne gives mulighed for at optimere deres tilbud i løbet af udbudsprocessen.

Det har ikke nogen betydning for RIA-JMTC's forpligtelser i henhold til støtteerklæringerne, at Glaucus ApS for nuværende måtte anvende yderligere en underleverandør til opfyldelse af bestemte dele af kontrakten.

Der fulgte hverken efter støtteerklæringen eller rammeaftalen specifikke leveringsforpligtelser for RIA-JMTC, således at en bestemt del af opfyldelsen af rammeaftalen skulle udføres af RIA-JMTC. Det afgørende i relation til RIA-JMTC var alene, at Glaucus ApS faktisk rådede over de ressourcer fra RIA-JMTC, der var nødvendige for kontraktens udførelse, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 42, stk. 2.

Dommerby Ståls synspunkt om, at det følger af ligebehandlingsprincippet, at når en tilbudsgiver baserer sig på andre enheders faglige erfaring, skal den del af kontrakten, der kræver en sådan erfaring, udføres af den pågældende enhed, synes at støtte sig på udbudslovens § 144, stk. 3.

Denne bestemmelse, der er baseret på udbudsdirektivets (2014/24/EU) artikel 63, stk. 1, 2. pkt., og som er en nyskabelse i forhold det tidligere udbudsdirektiv, vedrører kun bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser. Bestemmelsen kan ikke anvendes som fortolkningsbidrag til forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 42, stk. 2, som i al væsentlighed gengiver ordlyden af det tidligere udbudsdirektivs artikel 48, stk. 3.

Selv hvis man antog, at reglen fandt analog anvendelse i den foreliggende situation, udelukker den ikke, at Glaucus ApS inddrager yderligere en underleverandør i kontraktopfyldelsen, så længe RIA-JMTC varetager en væsentlig rolle i kontraktopfyldelsen, hvilket netop er tilfældet. At OMP Engineering SRL angivelig medvirkede til at udforme de enkelte dokumenter i Glaucus ApS' endelige tilbud ændrer ikke herved.

Indtil modtagelsen af Dommerby Ståls afsluttende processkrift var FMI ikke klar over, hvem der oprindeligt oprettede de enkelte tekniske dokumenter i Glaucus ApS' tilbud. FMI kontrollerede ikke dokumenternes "egenskaber", hvilket ligger langt uden for FMI's kontrolforpligtelser.

Det er uklart, hvilken påstand Dommerby Ståls synspunkt om, at Glaucus ApS ikke vedstod sit endelige tilbud i seks måneder som krævet i udbudsbetingelserne, knytter sig til.

Det fremgik klart af konteksten og tilbuddet i øvrigt, at Glaucus ApS reelt vedstod det endelige tilbud i seks måneder. Det ville have savnet mening at oplyse på ny, at det for længst afgivne indledende tilbud (INDO) var gældende i seks måneder.

Selv hvis Glaucus ApS' cover letter fortolkes strengt efter ordlyden, betyder det blot, at det endelige tilbud ikke forholdt sig til, hvor lang tid det vedstås, og der må derfor gælde en formodningsregel for, at tilbuddet vedstås i overensstemmelse med det krævede, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. august 2013, Medtronic Danmark A/S mod Region Midtjylland.

Dommerby Stål har ad påstand 4 gjort gældende, at Glaucus ApS' ansøgning skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, da ansøgningen havde forbehold og dermed ikke opfyldte betingelserne for en fyldestgørende og konditionsmæssig ansøgning, subsidiært at FMI skulle have afvist BAFO-tilbuddet fra Glaucus ApS som ukonditionsmæssigt, da Glaucus ApS ulovligt foretog en udvidelse af antallet af enheder Glaucus ApS støttede sig på, idet der mellem det indledende og endelige tilbud skete en udskiftning af den tekniske løsning fra RIA-JMTC med en teknisk løsning fra OMP Engineering SRL.

FMI's overtrædelse af forsvarsdirektivet er alvorlig, og der er årsagssammenhæng mellem FMI's overtrædelser og udfaldet af udbudsforretningen, da tilbudsevalueringen i fravær af FMI's overtrædelser ville have vist, at Dommerby Stål havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Derfor har overtrædelserne haft konkret betydning.

FMI har ad påstand 4 gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og at der ikke foreligger noget grundlag for at annullere FMI's beslutninger i det gennemførte udbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1-3

En ordregiver har alene pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud, hvis der er tvivl om, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale. I så fald skal ordregiveren foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt.

I udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3 var blandt andet fastsat følgende:

“According to the EU public procurement directives, a candidate may rely on the economic and financial standing and/or technical and/or professional capacity of other entities, regardless of the legal nature of the links with the entities. If a candidate wants to rely on other entities and wishes that the capacity of other entities is taken into account when DALO assesses the suitability of the candidate, the candidate must prove that the other entities will and shall put the relevant resources at the disposal of the candidate. A template for a declaration from the supporting entity to this effect is included in the prequalification questionnaire referred to above.

...”

Der var ikke fastsat nærmere kvalitative eller kvantitative krav til støttende enheders bidrag til kontraktopfyldelsen i udbudsmaterialet, ligesom der ikke var stillet krav om, at tilbudsgiver ikke måtte lade afgørende dele af kontrakten udføre i underentreprise.

I forbindelse med sin ansøgning om prækvalifikation fremlagde Glaucus ApS to støtteerklæringer fra RIA-JMTC.

I template 2 vedrørende ”Economic and Financial Standing” erklærede RIA-JMTC:

“...that Glaucus ApS, CVR-nr. 35409432 applying for prequalification may rely on our economic and financial capacity, cf. directive 2009/81/EC, art. 41(2), with regard to section 111.2.2) of the Contract Notice, and that those resources will be put at the disposal of the before mentioned candidate applying for prequalification for the purpose of fulfilling the contract.”

RIA-JMTC erklærede endvidere i template 3 vedrørende ”Technical and/or Professional Capacity”:

“...that the company Glaucus ApS, CVR-nr. 35409432 applying for prequalification may rely on our technical and/or professional capacity, cf. directive 2009/81/EC, art. 42(2), with regard to section 111.2.3) of the Contract Notice, and that those resources will be put at the disposal of the before mentioned candidate applying for prequalification for the purpose of fulfilling the contract.”

Glaucus ApS godtgjorde herved overfor FMI, at virksomheden faktisk rådede over de ressourcer fra RIA-JMTC, der var nødvendige for kontraktens opfyldelse, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 42, stk. 2, og at der dermed var realitet bag den konstruktion, som Glaucus ApS bød ind med.

I sit cover letter til det endelige tilbud skrev Glaucus ApS, at virksomheden ”Based on DALO’s substantial feedback on our submitted INDO1, Glaucus ApS has now, alongside the established Public Private Partnership with RIA-JMTC, also teamed up with the European company OMP Engineering SRL...to improve our offer by directly addressing this feedback...” Sammen med det endelige tilbud indleverede Glaucus ApS 4 tekniske dokumenter.

Hverken indholdet af Glaucus ApS’ cover letter eller det endelige tilbud indeholdt oplysninger, der gav FMI anledning til at tro, at RIA-JMTC ikke længere skulle være forpligtet i henhold til støtteerklæringerne, herunder da inddragelsen af OMP Engineering SRL ikke ændrede ved RIA-JMTC’s forpligtelser som støtteenhed.

FMI var derfor i forbindelse med tilbudsevalueringen ikke forpligtet til at foretage en kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, herunder af dokumentegenskaberne i de 4 tekniske dokumenter, som Glaucus ApS indsendte. Reduktionen i tilbudssummen i forhold til det indledende tilbud samt ændringen i tilbuddets valuta kan ikke føre til en ændret vurdering.

FMI kunne derfor lægge støtteerklæringernes indhold til grund ved vurderingen af den økonomiske/finansielle og tekniske/faglige formåen, som Glaucus ApS juridisk rådede over, og som Glaucus ApS var blevet prækvalificeret på baggrund af.

Efter tildelingsbeslutningen den 20. marts 2018 rettede FMI på baggrund af oplysninger fra Dommerby Stål henvendelse til Glaucus ApS for en afklaring af, hvorvidt RIA-JMTC fortsat stod til rådighed for Glaucus ApS.

I e-mail af 26. marts 2018 skrev RIA-JMTC i den forbindelse følgende til Glaucus ApS:

”Emne: Reconfirmation of Glaucus’ reliance on RIA-JMTC capabilities (as laid out in template 2 and 3)

...

I hereby confirm that the attached Template 2 and Template 3 is valid and in force with respect to the supply of Flatrack Workshop Container Systems cf. contract notice no. 2017/S 086-168694.

RIA-JMTC will be standing by for the final Scope-of-Work (SOW) and Technical Data Package (TDP) to quote that will be ultimately executed to build this equipment for the Danish Government.

...”

På baggrund af FMI’s henvendelse redegjorde Glaucus ApS ved brev af 9. april 2018 nærmere for RIA-JMTC’ rolle i Glaucus ApS’ opfyldelse af rammeaftalen med FMI.

Af brevet fremgår følgende:

”**Subject:** Clarification of US Army Rock Island Arsenal Joint Manufacturing and Technology Center’s (RIA-JMTC) involvement in the delivery of Flatrack Workshop Container Systems and related services to DALO according to contract notice no. 2017/S 086-168694 for the fulfillment of the frame work agreement between DALO and Glaucus announced by DALO to be signed on April 18, 2018.

The foundation for the collaboration between RIA-JMTC and Glaucus is the established Public Private Partnership between the two entities. The Public Private Partnership allows Glaucus to utilize the manufacturing and support capabilities of RIA-JMTC, including any needed design, engineering and management effort from US Army Armament Research, Development & Engineering Center (ARDEC) and Product Manager for Sets, Kits, Outfits and Tools (PMSKOT) as presented to DALO during the negotiation meeting in November 2017.

RIA-JMTC is substantially involved in the fulfilment of the framework agreement and delivery of Flatrack Workshop Container Systems and related services to DALO (cf. subject above). RIA-JMTC will participate in essential phases, including the design, prototyping, manufacturing, training and servicing of the systems and be a supplier to Glaucus in this respect.

In terms of the delivery of training (operator course and service/maintenance course) and services (craftman, draughtsman and engineering) to DALO, RIA-JMTC is involved with the respect of exchanging know-how and knowledge to Glaucus.

RIA-JMTC is further substantially involved in the upgrades to be offered to DALO in the coming design phase. These upgrades are based on US Army's use of the Forward Repair System during the last two decades and the lessons learned during this period. US Army 708th Maintenance Battalion in Smith Barracks, Germany is via RIA-JMTC also directly supporting Glaucus in this effort."

Disse oplysninger fra RIA-JMTC og Glaucus ApS kan heller ikke begrunde, at FMI havde anledning til at tro, at RIA-JMTC ikke længere stillede de nødvendige ressourcer til rådighed for Glaucus ApS, eller at RIA-JMTC ikke længere varetog en væsentlig rolle i kontraktopfyldelsen, herunder i forhold til "design, prototyping, manufacturing".

Der er ikke grundlag for at fastslå, at Glaucus ApS fra prækvalifikationstidspunktet og frem til tildelingsbeslutningen/kontraktindgåelsen foretog sådanne ændringer, at der kan anses at være sket en formel eller reel udskiftning af den virksomhed, som Glaucus ApS økonomisk/finansiel og teknisk/fagligt baserede sig på, jf. herved principperne i udbudslovens § 147, stk. 1, eller at Glaucus ApS har støttet sig på OMP Engineering SRL på en sådan måde og i et sådant omfang, at denne må anses for at være en støtteenhed i udbudsretlig forstand. Det forhold, at OMP Engineering SRL måtte have bistået Glaucus ApS med at udforme sit endelig tilbud, ændrer ikke herved.

En tilbudsgiver bestemmer i øvrigt selv, hvordan man ønsker at organisere sig, og kan frit anvende underleverandører i forbindelse med opfyldelse af kontrakten, medmindre ordregiveren har fastsat begrænsninger i adgangen til at benytte underleverandører, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 21. Der var i udbudsbekendtgørelsen ikke fastsat sådanne begrænsninger.

Udbuddet er foretaget efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet, som ikke indeholder en bestemmelse, som svarer til udbudslovens § 144, stk. 3. Udbudslovens § 144, stk. 3 - som i øvrigt heller ikke omfatter varekøb - finder derfor ikke anvendelse.

I pkt. 7.2 vedrørende ”Deadline for submission of the BAFO” var det blandt andet anført:

”The BAFO – must be kept valid and open in 6 months after the deadline.”

I Glaucus ApS’ cover letter til det endelige tilbud fremgik, at ”INDO is kept open for acceptance for 6 (six) month...”

Denne tekst var identisk med teksten, som fremgik af cover letter til det indledende tilbud. I cover letter til det endelige tilbud var det endvidere anført, at Glaucus ApS havde “...teamed up with the European company OMP Engineering SRL...to improve our offer by directly addressing this feedback...”

Efter indholdet af brevet, sammenhængen i dette og tilbuddet i øvrigt, og da det ville savne mening på ny at vedstå det indledende tilbud i forbindelse med fremsendelsen af det endelige tilbud, må Glaucus ApS reelt anses at have vedstået det endelige tilbud i 6 måneder, da det var en åbenlys skrivefejl, at teksten på ny henviste til, at ”INDO” blev vedstået i 6 måneder.

Påstand 1-3 tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 4

Under henvisning til det under påstand 1-3 anførte, tages påstand 4 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Dommerby Stål A/S skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse betale 35.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig