

K E N D E L S E

New Printtex of Denmark ApS
(advokat Henrik Holtse, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Niels Karl Heilskov Rytter og
cand. merc. jur. Jesper Nørgaard Kristensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2018/S 045-098047 af 5. marts 2018 udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om indkøb af ”metalobjekter” til soldaters uniformer (afdelings- og tjenestedsmærker, distinktioner og udmærkelser til anvendelse inden for Forsvaret). Udover metalobjekterne omfatter rammeaftalen produktionsværktøjer til brug for fremstillingen af metalobjekterne. Rammeaftalen har en anslået værdi på 13 mio. kr. og en varighed på 48 måneder.

Der var frist for indgivelse af tilbud den 26. april 2018. FMI modtog tre tilbud inden tilbudsfristens udløb. New Printtex of Denmark ApS (herefter New Printtex) afgav ikke tilbud. Efter det oplyste har FMI endnu ikke truffet tildelingsbeslutning.

Den 14. maj 2018 indgav New Printtex klage til Klagenævnet for Udbud. New Printtex fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 19. juni 2018 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betin-

gelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

New Printtex har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, og udbudslovens § 163, stk. 1 og 2, ved at gennemføre evaluering af underkriteriet ”pris” på grundlag af en tilbudsliste, der indeholder et væsentligt antal udgåede varer, hvorfor de tilbudte priser for disse varer enten ikke vil eller med stor sandsynlighed ikke vil blive anvendt og derfor ikke er forbundet med kontraktens genstand.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i forhold til underkriteriet ”pris” at have anvendt en evalueringsmodel, hvor den angivne vægtning for varerne ikke er repræsentativ, da alle varerne inden for hver varekategori vægter det samme, uanset nogle varer er udgåede og derfor ikke vil blive indkøbt i samme mængde som de ikke-udgåede varer.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have oplyst, hvilke varer der var udgået, da det havde en væsentlig betydning for tilbudsgivers fastsættelse af prisen for disse varer.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere FMI's udbud af metalobjekter.

Påstand 1 og 2 svarer med enkelte justeringer til de påstande, som New Printtex nedlagde som påstand 1 og 2 forud for klagenævnets delkendelse af 19. juni 2018. Påstand 3 er en ny påstand, hvorimod påstand 4 er identisk med den tidligere påstand 3.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

Det fremgår af pkt. 7 i udbudsbetingelserne, at tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris vægter 50 %, og kvalitet (test) vægter 50 %.

Underkriteriet pris er inddelt i tre undergrupper/varegrupper:

1. "Price of Critical Metal objects", som vægter 60 %
2. "Price of Overall Metal objects", som vægter 20 %
3. "Price of Production tools", som vægter 20 %

Inden for hver varegruppe vægter hver varelinje det samme. Varegruppe 1 (Critical Metal objects) omfatter 21 varelinjer/metalobjekter, som hver har en vægt på 4,76 % i gruppen. Varegruppe 2 (Overall Metal objects) omfatter 323 varelinjer/metalobjekter, som hver har en vægt på 0,31 % i gruppen. Varegruppe 3 (Production tools) omfatter 3 varelinjer, som hver har en vægt på 33,33 % i gruppen.

Af "Teknisk Reference" til udbudsmaterialet fremgår bl.a. en "Oversigt over materialenumre til afdelingsmærker, tilhørsforhold, metal." En række af mærkerne er på oversigten anført som "UDGÅET".

Den 19. marts 2018 holdt FMI et spørgemøde, hvor bl.a. New Printtex deltog. Af mødereferatet fremgår, at der på mødet blev spurgt ind til et metalobjekt, der var angivet som "udgået". Som svar er i mødereferatet anført følgende: "At et objekt er udgået er ikke ensbetydende med, at de er udgået for evigt. Udgåede objekter kan blive reintroduceret."

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

New Printtex har gjort gældende, at 60 af de varelinjer, der er anført på udbudsmaterialets prisbilag, er udgået og ikke blot sat i bero. Det drejer sig om følgende mærker:

Tegning nr.	Betegnelse
338513	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, HSPS, metal
338941	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, HFT, venstre, metal
339269	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, HFT, højre, metal

340372	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, DANILOG, metal
441199	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, HMAK, metal
446093	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, FN, metal
446301	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, 1.SBDE, højre, metal
446302	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, 1.SBDE, venstre, metal
446321	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, NJAR, højre, metal
446322	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, NJAR, venstre, metal
446323	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, PLR, venstre, metal
446324	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, SJAR, højre, metal
446325	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, SJAR, venstre, metal
446333	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, FIK, metal
446337	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, DLR, højre, metal
446338	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, PLR, højre, metal
446339	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, SJLR, højre, metal
446340	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, SJLR, venstre, metal
446342	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, DRLR, metal
446346	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, HJVR II, venstre, metal
446349	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, HJVR IV, metal
446351	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, LFR KBH, metal
446362	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, HJVR II, højre, metal
446364	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, RGN VI, metal
448433	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, RGN IV, højre, metal
448434	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, RGN IV, venstre, metal
448609	Afdelingsmærke, Tilhørsforhold, LSG, metal
446352	Afdelingsmærke, HJVR VIII, Højre
446353	Afdelingsmærke, HJVR VIII, Venstre
446324	Afdelingsmærke, SJAR, Højre
441689	Dr. Ingrids navnetræk, forgyldt, stort
441738	Pr. Henriks navnetræk, forgyldt, stor
441744	Krone, Dr. Ingrids og Pr. Henrik navnetræk, forgyldt, stort
442664	Dr. Ingrids navnetræk, forgyldt, lille, stiftlukke
336314	Tjenestestedsmærke, HSPS, Metal
336316	Tjenestestedsmærke, HRN Fsv. Datatjeneste
338075	Tjenestestedsmærke, 2. Brigade, Metal
340367	Tjenestestedsmærke, DANILOG
340367A	Tjenestestedsmærke, DANILOG
446530	Tjenestestedsmærke, 1. Sjællandske Brigade
446534	Tjenestestedsmærke, LFR NORD (Region I)
446535	Tjenestestedsmærke, Region II
446536	Tjenestestedsmærke, LFR SYD (Region III)
446537	Tjenestestedsmærke, Region IV
446539	Tjenestestedsmærke, Region VI
446546	Tjenestestedsmærke, Danske Livregiment (DLR)
446548	Tjenestestedsmærke, Prinsens Livregiment (PLR)

446549	Tjenestestedsmærke, Sjællandske Livregiment (SJLR)
446553	Tjenestestedsmærke, Dronningens Livregiment (DRLR)
446558	Tjenestestedsmærke, Nørrejyske Artilleriregiment (NJAR)
446559	Tjenestestedsmærke, Sønderjyske Artilleriregiment (SJAR)
446566	Tjenestestedsmærke, Forsvarets Intendanturkorps (FIK)
446570	Tjenestestedsmærke, Hærens Ingeniør- og ABC skole (HIAS)
446572	Tjenestestedsmærke, Hærens Artilleriskole (HAS)
446576	Tjenestestedsmærke, FN
448530	Tjenestestedsmærke, Hærens Materielkommando
448810	Tjenestestedsmærke, Dronningens Artilleriregiment (DAR)
448814	Tjenestestedsmærke, Logistisk Støttegruppe
338646	Kendetegn, Jyske Luftværn
338647	Kendetegn, Sjællandske Luftværn

Kendetegnende for de pågældende 60 mærker er, enten at mærket tilhørte en myndighed, som er nedlagt, og hvor der ikke er teoretisk mulighed for, at mærket kan genanvendes af andre myndigheder, eller at der både optræder det udgåede mærke og det eksisterende mærke for den samme myndighed, hvorfor det ikke er teoretisk muligt, at det udgåede mærke kan genanvendes. Det er hævet over enhver tvivl, at de pågældende afdelinger, som de udgåede mærker var tilknyttet, ikke genopstår i løbet af rammeaftalens løbetid på 4 år, da der er indgået et forsvarsforlig, hvorfor det ikke er muligt, at en eller flere af disse afdelinger genopstår. Der er for nogle mærkers vedkommende tale om, at de har været udgået i mange år, og det er derfor urealistisk, at de i løbet af de næste 4 år skulle blive genanvendt. En række af de udgåede mærker indeholder i øvrigt specielle kendetegn, som gør det umuligt for andre afdelinger at genanvende disse mærker.

I prisbilaget er f.eks. anført mærket HMAK, metal (tegningsnr. 441199). Dette mærke vedrører Hærens Materielkommando. Denne myndighed blev nedlagt i 2006 og erstattet af FMI. Det synes åbenbart, at FMI end ikke teoretisk kan genbruge et mærke fra det nu for længst nedlagte HMAK. I prisbilaget er også anført mærket FN, metal (tegningsnr. 446093). Dette mærke vedrører en myndighed, som blev nedlagt i 1994 og erstattet af Den Internationale Brigade. Der er i selve mærket indarbejdet FN-logoet, og det kan derfor ikke genbruges af andre myndigheder. Det er end ikke teoretisk muligt, at der i rammeaftalens løbetid vil blive genetableret en FN-myndighed i stedet for Den Internationale Brigade, som kunne tænkes at genbruge det for længst udgåede mærke.

Prisbilaget indeholder også tilfælde, hvor et mærke optræder flere steder; nemlig både for den nedlagte myndighed og for den eksisterende myndighed. Dette gør sig f.eks. gældende vedrørende mærket LFR Sjælland, metal (tegningsnr. 446350), og mærket Landsdelsregion Øst (tegningsnr. 446363). LFR Sjælland er blevet nedlagt og erstattet af Landsdelsregion Øst. Der er derfor tale om, at både mærket for den nedlagte myndighed (LFR Sjælland) og den eksisterende myndighed (Landsdelsregion Øst) optræder i prisbilaget med samme vægtning. Det er end ikke teoretisk muligt, at den eksisterende myndighed vil udskifte sit eksisterende mærke med det udgåede. I prisbilaget er endvidere mærket Tjenestestedsmærke, 3. Jyske Brigade (tegningsnr. 446529), anført med en vægt på 0,31%. I prisbilaget er også mærket Afdelingsmærke, Tilhørsforhold 3. JBDE, Landsdelsregion Vest, højre, metal (tegningsnr. 446658), anført med en vægt på 4,76%. Det er samme myndighed, hvorfor det udgåede mærke optræder sammen med det eksisterende mærke. Der er ikke teoretisk mulighed for, at den jyske brigade vil genbruge det udgåede mærke, men vil selvsagt anvende det eksisterende.

Afdelingsmærke, metal, Sønderjyske Artilleriregiment (tegningsnr. 446324) tilhørte Sønderjyske Artilleriregiment, som nu er nedlagt. I dag eksisterer kun Danske Artilleriafdeling, og det kan ikke blive ændret de næste 4 år. Mærket indeholder en kanon, hvilket er særegent for et artilleriregiment, og derfor kan det ikke anvendes af afdelinger, der ikke omfatter artilleri. Danske Artilleriafdeling har sit eget mærke og vil naturligvis ikke genbruge Sønderjyske Artilleriregiments mærke.

Afdelingsmærke, metal, Dronningens Livregiment (tegningsnr. 446342) tilhørte Dronningens Livregiment, som blev nedlagt i forbindelse med forsvarsforliget 2000-2004 og blev lagt sammen med Slesvigske Fodregiment, en del af Prinsens Livregiment i Skive, og sidenhen en del af Jydske Dragonregiment. Jydske Dragonregiment har sit eget mærke og vil derfor ikke anvende det nu udgåede mærke. På mærket er angivet ”DRONNINGENS”, hvilket gør dette mærke unikt for Dronningens Livregiment, og derfor kan mærket ikke anvendes af andre.

Afdelingsmærke, metal, HRN Hjemmeværnsregion II (tegningsnr. 446346) tilhørte Hjemmeværnsregion II, som nu er nedlagt. Det forhold, at der står ”REGION II” på mærket, gør det ubrugeligt for andre afdelinger.

Endelig er Dronning Ingrid og Prins Henriks navnetræk af naturlige grunde ikke længere relevante at indkøbe.

Det er i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsloven § 2, at foretage en evaluering på grundlag af varer, som er udgået, da ordregiver ikke vil foretage indkøb af disse varer. Det medfører en risiko for, at den eller de tilbudsgivere, som har kendskab til, at de pågældende varer er udgået, kan foretage en strategisk tilbudsgivning og således tilbyde en meget lav pris eller måske endda 0 kr. for de pågældende varer og derved opnå en lavere evalueringspris, uden nogen kommerciel risiko.

Det er endvidere i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsloven § 2, at udgåede varer danner grundlag for evaluering af pris. Tilbudsgiver må ved beregning af sit tilbud tage afsæt i, at den oplyste vægtning af varer så godt som muligt afspejler sammensætningen af det efterfølgende indkøb. Når en stor del af de oplyste varer ikke vil blive købt efterfølgende, da der er tale om udgåede varer, vil tilbudsgiver ikke have et brugbart grundlag for at udarbejde sit tilbud.

Det er herudover i strid med udbudsloven § 163, stk. 1 og 2, at FMI har anvendt priser for varer, som er udgåede, da de pågældende varer ikke er forbundet med rammeaftalens genstand.

Der er ikke nogen bagatelgrænse for, om en tilbudsliste må indeholde udgåede varer, idet blot én enkelt udgået vare vil medføre, at tilbudslisten ikke er repræsentativ. Det gælder så meget desto mere, når der som i det konkrete udbud er tale om et væsentligt antal varer, som samlet udgør en betydelig del af den samlede vægtning af prisen for den pågældende varekategori (ca. 18 %). De angivne priser vil derfor aldrig blive anvendt. Det medfører, at grundlaget for evalueringen ikke har den fornødne sammenhæng med kontraktens genstand, der udgøres af de metalobjekter, som vil blive indkøbt.

New Printtex er bekendt med, at en ordregiver har en meget vid mulighed for at indrette sit udbud, herunder fastsætte vægtningen af de varer, der indgår i tilbudslisten og udgør grundlaget for opgørelsen af evalueringsprisen. Men der er grænser, således som klagenævnet har fastslået i kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsser-

vice A/S. Hvis klagenævnet i denne sag godkender FMI's model, vil det åbne en række uønskede muligheder ved sortimentsudbud, idet ordregivere dermed kan inkludere varer i tilbudslisten, som umiddelbart ikke vil blive indkøbt, men hvor det ikke helt kan udelukkes, at der vil opstå et indkøbsbehov, uden at det dog kan konkretiseres nærmere (dvs. alene den teoretiske mulighed er tilstrækkelig).

Efter New Printtex's opfattelse må der i det mindste kræves en vis sandsynlighed for, at de varer, der er anført på tilbudslisten, vil blive indkøbt, hvorfor alene den teoretiske mulighed ikke er tilstrækkelig, da det i princippet vil være tilfældet for alle varer.

FMI har gjort gældende, at den valgte evalueringsmodel er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den fastsatte vægtning af varelinjerne er repræsentativ for FMI's forventede indkøbsbehov under rammeaftalen. FMI har således ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Ordregiver har et meget vidt skøn ved valg og udformning af evalueringsmetoden, og skønnet kan kun tilsidesættes, når ordregiver klart er gået uden for skønnets rammer. Særligt ordregivers forhåndsvurdering af det forventede indkøbsbehov vil i sagens natur altid indeholde et skønselement, jf. herved klagenævnets kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune.

Den anvendte vægtning af priserne afspejler FMI's mest kvalificerede skøn over det fremtidige indkøbsbehov, og New Printtex har ikke godtgjort, at FMI har overskredet skønnets rammer.

Det er korrekt, når New Printtex anfører, at en række enheder inden for Forsvaret, som visse metalobjekter historisk set har været tilknyttet, er blevet nedlagt. Det er derimod ikke korrekt, at der er varelinjer/metalobjekter i prisbilaget, der med sikkerhed ikke vil blive indkøbt igen. Det forhold, at enkelte af varelinjerne/metalobjekterne er "udgået", udelukker ikke, at FMI vil indkøbe disse typer metalobjekter i rammeaftalens løbetid, idet det er mere retvisende at tale om, at de pågældende varelinjer/metalobjekter er "sat i bero".

Metalobjekternes historie går ofte langt tilbage i tid, og metalobjekter, der har hørt til f.eks. nedlagte regimente eller øvrige enheder, genanvendes ofte for at bevare den historiske og kulturelle værdi, der igennem årene er indarbejdet i disse metalobjekter, herunder med henblik på at skabe kontinuitet fra generation til generation inden for Forsvaret. Der er således en væsentlig interesse i ikke at lade metalobjekter udgå permanent, selvom de ikke er i brug på et givent tidspunkt. Et metalobjekt, der på et tidspunkt er sat i bero, vil fortsat kunne være relevant for Forsvaret at indkøbe, idet objektet vil blive taget i betragtning, når der f.eks. skal vælges afdelingsmærke/distinktioner mv. til en nyopstået afdeling/enhed. Genindførelsen af metalobjekterne kan til dels også tilskrives ressourcemæssige hensyn, idet processen med udarbejdelse og godkendelse af nye metalobjekter ofte er omfattende og langsommelig.

Samtlige varelinjer/metalobjekter, New Printtex har angivet som værende ”udgåede”, er heraldisk godkendte, og de har således alle en historie og en kulturel tilknytning, som der er en interesse i at beholde.

Alle eksisterende heraldiske metalobjekter, som er omfattet af rammeaftalen, har allerede været igennem den oprindelige godkendelsesproces for nye metalobjekter. Listerne over metalobjekterne kan derved anses for mere eller mindre ”dynamiske”, idet objekterne heri løbende sættes i bero henholdsvis genindføres.

Det forhold, at der for nylig er indgået et forsvarsforlig, betyder ikke, at der ikke kan ske ændringer, som fører til et behov for anvendelse af nye (reintroducerede) mærker, da beslutninger om omstrukturering af Forsvaret, herunder af afdelinger, regimente og andre enheder, også kan træffes på lavere niveau end folketingspolitisk niveau. Endvidere kan eksisterende afdelinger mv. vælge at begynde at bruge nye (reintroducerede) mærker uanset det nye forsvarsforlig.

Således har Forsvarschefen for nylig eksempelvis udmeldt en omorganisering, der indebærer (gen)oprettelse af nogle regimente, og det er FMI's forventning, at der som følge heraf vil ske genindførelse af op til 12 varelinjer, der inden for den nærmeste fremtid således vil skifte status fra at være i bero til at være ”aktiv”. Et andet eksempel er, at Hjemmeværnet i 2017 foretog en omstrukturering, hvor det blev valgt at genbruge afdelingsmærket

og tjenestestedsmærket for 3. Jyske Brigade, som blev tildelt til den ny Landsdelsregion Vest. I samme forbindelse valgte Hæren at genindføre mærket for Falsterske Fodregiment og tildelte det til Vordingborg Garnison. Denne reintroduktion medførte tilsvarende, at 6 varelinjer skiftede status fra at være i bero til at blive genindført.

FMI har oplyst, at 5 af de 60 mærker, som New Printtex har anført er udgået, ikke er noteret som berosat i FMI's it-system. Det drejer sig om følgende:

- Tjenestestedsmærke, 2. Brigade, Metal, med tegningsnr. 338075
- Dr. Ingrid's navnetræk, forgyldt, stort, med tegningsnr. 441689
- Pr. Henriks navnetræk, forgyldt, stor, med tegningsnr. 441738
- Krone, Dr. Ingrid's og Pr. Henrik navnetræk, forgyldt, stort, med tegningsnr. 441744
- Dr. Ingrid's navnetræk, forgyldt, lille, stiftlukke, med tegningsnr. 442664

Der er således 55 mærker, der er sat i bero i FMI's it-system. Proceduren med at berosætte et givent mærke i it-systemet har blot et internt oplysningsformål, idet mærket herved hverken udgår fra eller "låses" i systemet. Tværtimod vil det pågældende mærke stadig være "aktivt" i systemet, og der vil således fortsat være mulighed for at anskaffe mærket - enten ved træk på et eksisterende lager eller ved indkøb hos den leverandør, der er angivet i systemet.

Med hensyn til de eksempler på metalobjekter, hvor der efter New Printtex's opfattelse end ikke er en teoretisk mulighed for, at de vil blive genindført, har FMI særligt bemærket følgende:

Det primære udtryk for metalobjektet Afdelingsmærke, tilhørsforhold, HMAK, metal, (tegningsnr. 441199) er skabt ved en brændende granat og en laurbærkrans, som symboliserer henholdsvis Hærens samlede materiel-tjeneste, som den blev oprettet i 1602 af Kong Christian IV, og den daværende Hærens Materielkommandos status som øverste centrale faglige myndighed.

Metalobjektet Afdelingsmærke, tilhørsforhold, FN, metal, (tegningsnr. 446093) indeholder ikke et FN-logo som anført af New Printtex. Derimod

er objektets primære udtryk skabt af et kronet faldgitter og krydslagte palmegrene, som symboliserer en fredsbevarende opgave mellem to stridende parter.

De to objekter har som følge af deres generiske udtryk et bredt tværorganisatorisk anvendelsesområde, som – i modsætning til hvad der er anført af New Printtex – ikke kan begrænses til henholdsvis FMI og FN-relaterede enheder. Begge objekter er derfor relevante for rammeaftalen.

Landdelsregion Øst er én af to militære afdelinger under Hærhjemmeværnet (Øst og Vest), som blev oprettet som en erstatning for Totalforsvarsregion Sjælland, og ikke Lokalforsvarsregion Sjælland, som anført af New Printtex.

Metalobjektet Afdelingsmærke, tilhørsforhold, LFR Sjælland, metal, (tegningsnr. 446350) blev indført og i første omgang anvendt af Hjemmeværnsregion V ("V" forstået som romertal 5) i 1950 og senere hen af Lokalforsvarsregion Sjælland, inden enheden lukkede ned i 2009. Objektets primære udtryk er skabt ved et skjold, hvori en bispehue er anbragt på en krydsbelagt økse og bispestav, samt et bånd med indskriften Region V. Objektet symboliserer biskop Absalon og hans kamp for fred. Metalobjektet har som følge af dets generiske udtryk et bredt tværorganisatorisk anvendelsesområde, som ikke kan begrænses til den nu nedlagte Lokalforsvarsregion Sjælland eller evt. erstattende enheder hertil. Det bemærkes hertil, at der historisk set ofte er truffet beslutning om en organisatorisk opdeling af stabe og enheder i regioner (med benævnelse ved nummer 1, 2, 3...), og det forhold, at objektet indeholder et bånd med indskriften "Region V", udelukker derfor ikke, at objektet vil blive indkøbt under rammeaftalen. Således anses objektet for relevant for rammeaftalen.

Både metalobjektet Tjenestestedsmærke, 3. Jyske Brigade (tegningsnr. 446529), og metalobjektet Afdelingsmærke, tilhørsforhold, 3. JBDE, Landsregion Vest, højre, metal (tegningsnr. 446658), er relevante for Landsdelsregion Vest (den anden af de to militære afdelinger under Hærhjemmeværnet), idet objekterne ikke længere anvendes af 3. Jyske Brigade, som blev lukket ned i 2004.

De to objekter er ens af udseende og udtrykker en krone og et brølende løvehoved, som er hentet fra Fredericias byvåben fra 1655. Dog er der den forskel, at der med de to objekter er tale om henholdsvis et tjenestestedsmærke og et afdelingsmærke. Mens tjenestestedsmærket er udstyret med stifter, så det kan påføres et hertil anvendt læderstykke ved en uniforms brystlomme, er et afdelingsmærke udstyret med to øjer, hvorefter objektet monteres med en pind via øjerne ved en uniforms krave og den tilhørende baret. Produktionsmetoden er således forskellig for de to metalobjekter, ligesom anvendelsesområdet for objekterne er forskelligt.

Et afdelingsmærke har til formål at angive en persons tilhørsforhold til en given enhed/afdeling og udtrykker den pågældende persons oprindelige tilhørsforhold og uddannelse inden for Forsvaret. Således vil en person, der har fået sin grunduddannelse i Den Kongelige Livgarde altid bære afdelingsmærket herfor på sin uniform, uanset hvor den pågældende efterfølgende gør tjeneste.

Et tjenestestedsmærke har derimod til formål at angive en persons aktuelle tjenestested i det tilfælde, at den pågældende person gør tjeneste uden for den enhed, som – i henhold til afdelingsmærket – skal anses for den pågældende persons oprindelige tilhørsforhold. Hvis personen fra eksemplet ovenfor således gør tjeneste hos FMI (hvilket i praksis ofte ses), vil vedkommendes uniform være prydet af afdelingsmærket for Den Kongelige Livgarde og tjenestestedsmærket for FMI.

Uanset at Landsdelsregion Vest anvender det ene metalobjekt som afdelingsmærke, vil det derfor fortsat være relevant for afdelingen at kunne anvende det tilsvarende tjenestestedsmærke, altså objektet Tjenestestedsmærke, 3. Jyske Brigade, i det omfang personel fra andre afdelinger eller enheder skal gøre tjeneste under Landsdelsregion Vest. Objektet er derfor relevant for rammeaftalen.

Det forhold, at Afdelingsmærke, metal, Sønderjyske Artilleriregiment (tegningsnr. 446324) indeholder en kanon, kan ikke i sig selv begrunde, at mærket ikke kan genanvendes. Således kan det f.eks. ikke udelukkes, at der sker en omstrukturering af Danske Artilleriafdeling, som gør, at der skal bruges nye mærker, eller at en anden afdeling vurderer, at mærket har en symbolik, som gør mærket anvendelig for denne afdeling.

Selvom Dronningens Livregiment, som tidligere anvendte Afdelingsmærke, metal, Dronningens Livregiment (tegningnr. 446342), er blevet nedlagt, kan mærket finde genanvendelse, da det ikke kan udelukkes, at et nyt regiment eller en ny afdeling ønsker at associere sig til dronningen og derfor ønsker at bruge et mærke, der er præget med ordet ”DRONNINGENS”. Hvis Kronprins Frederik skulle blive konge, ville Kronprinsesse Mary få titlen ”Dronning”, og et eventuelt livregiment, der måtte blive oprettet for Mary, ville herefter kunne hedde ”Dronningens Livregiment”.

Der har historisk set ofte været truffet beslutning om en organisatorisk opdeling af stabe og enheder i regioner (med benævnelse ved nummer 1, 2, 3...), og det forhold, at Afdelingsmærke, metal, HRN Hjemmeværnsregion II (tegningnr. 446346), indeholder bestanddelen ”REGION II” kan derfor ikke føre til, at genanvendelse af mærket er utænkelig. Mærket illustrerer – på tilsvarende vis som mærket indeholdende en kanon ovenfor – i øvrigt udmærket, hvordan mærkeelementer, som kan forekomme at udelukke, at mærket skulle kunne bruges, ikke udelukker (gen)anvendelse af mærket. Mærket indeholder som det dominerende element en handske, der holder et sværd i angrebsposition, og selvom hverken Forsvaret eller Hjemmeværnet har anvendt sværd operationelt igennem århundreder, har mærket været anvendt fra 1950 og indtil for forholdsvis få år siden. Denne bestanddel kan derfor heller ikke føre til, at mærket ikke skulle kunne finde genanvendelse.

Mærkerne med Dronning Ingrid's og Prins Henriks navnetræk anvendes fortsat i Forsvaret. Prinsens Livregiment er eksempelvis blevet sammenlagt med Jyske Dragonregiment, og den nye afdeling, der kom ud af sammenlægningen, har bibeholdt den tradition, der var i Prinsens Livregiment, herunder ved at fortsætte med at bruge Prins Henriks navnetræk som mærke. Endvidere skal Dronning Ingrid's navnetræk kunne rekvireres ved særlige anledninger, såsom ved anmodning fra Kongehuset. Det er derfor ikke korrekt, at mærkerne ikke længere kan blive relevante at indkøbe.

De metalobjekter, der er sat i bero, er således alle relevante for rammeaftalen. De tilbudte priser herfor, som indgår ved evalueringen af underkriteriet ”pris”, er hermed forbundet med rammeaftalens genstand, jf. udbudslovens § 163.

Ad påstand 2

New Printtex har gjort gældende, at FMI har anvendt en evalueringsmetode, hvor alle varer inden for hver varekategori vægter det samme. Det betyder, at der er anvendt en ren mekanisk vægtning, således at der ikke er taget hensyn til, i hvor store mængder hver vare forventes at blive indkøbt, eller hvor stor en andel varens pris vil udgøre i forhold til den samlede pris.

Det er ikke lovligt at anvende en model, hvor hver vare indgår med samme vægtning ved evaluering af pris, da det fører til, at dyre produkter får en høj vægtning, uanset de kun skal leveres i små mængder, mens billige produkter får en lav vægtning, uanset de skal leveres i store mængder. Der skal således anvendes et skønnet indkøbsbehov i stedet for en ligelig fordeling af mængder på alle varerne, jf. klagenævnets kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud.

I det konkrete udbud er det helt åbenbart, at der vil være betydelig forskel på, hvor store mængder der vil blive indkøbt af de forskellige metalobjekter.

Hvis genanvendelse kommer på tale, vil det højst være relevant for et enkelt eller ganske få af de udgåede mærker. Det følger heraf, at FMI burde have vægtet de udgåede mærker lavere end de mærker, som FMI vidste vil blive indkøbt.

Den anvendte ligelige vægtning af varer, der vil blive indkøbt i forskellige mængder, udgør en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsloven § 2, da den anvendte vægtning ikke er repræsentativ. I stedet skulle den anvendte vægtning være tilpasset den faktisk forventede indkøbsmængde, således at prisen for hver vare indgik i den samlede evalueringspris med en repræsentativ vægt. Det er således i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, at de udgåede mærker har samme vægt som de eksisterende mærker, da der alt andet lige vil blive indkøbt færre af de udgåede mærker – hvis nogen overhovedet.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke blot har anvendt en ”mekanisk” vægtning af varelinjerne, men derimod har foretaget en konkret vurdering af det skønnede indkøbsbehov og baseret evalueringsmodellen herpå. Denne vur-

dering blev foretaget af den til udbuddet tilknyttede indkøbsprojektgruppe bestående af såvel indkøbere som tekniske sagsbehandlere med indgående kendskab til metalobjekter og disses anvendelse indenfor Forsvaret. Vurderingen blev foretaget på grundlag af udtræk fra FMI's informationssystemer med oplysninger om indkøb, forbrug og lagerbeholdninger for de enkelte varer. Videre inddrog projektet dets generelle erfaring på området samt kendskab til aktuelle og forventede indkøb. Udarbejdelsen af evalueringsmodellen samt fastsættelsen af vægtningen af varelinjerne blev herefter gennemført via en række work-shops, hvor det foreliggende informationsmateriale blev gennemgået.

FMI har opdelt underkriteriet "pris" i tre undergrupper ("Overall Metal objects", "Critical Metal objects" og "Production tools"), som afspejler, hvorledes FMI forventer, at det økonomiske træk volumenmæssigt fordeler sig på de tre undergrupper.

I forhold til metalobjekterne gennemgik FMI den fulde liste af metalobjekter, hvorefter den enkelte vare ud fra en konkret vurdering blev placeret i en af de to undergrupper for metalobjekter ud fra følgende præmis: Varerne i undergruppen "Critical Metal objects" forventer FMI alle at indkøbe mange af, mens FMI forventer at købe markant færre af varerne i undergruppen "Overall Metal objects" (for flere af varernes vedkommende vil der formentlig slet ikke blive købt nogen i rammeaftalens løbetid (men hvilke vi des som nævnt ikke)). Denne forskel lod FMI komme til udtryk i evalueringsmodellen ved at lade undergruppen med de "kritiske" metalobjekter vægte markant mere end gruppen med de øvrige metalobjekter i prisevalueringen (60 % over for 20 %). Vægtningen af undergruppen "Production tools" blev i samme forbindelse fastsat til 20 %, idet disse forventes at udgøre cirka 20 % af anskaffelsen økonomisk set.

FMI foretog endvidere – på grundlag af det ovennævnte informationsmateriale – en analyse af det forventede indkøbsbehov for de enkelte varer under hver undergruppe. Denne viste, at der inden for undergrupperne "Overall Metal objects" og "Critical Metal objects" var en forventning om nogenlunde samme træk på tværs af varelinjerne. Således var der efter FMI's vurdering ikke behov for at opdele metalobjekterne i yderligere undergrupper, ligesom der heller ikke var grundlag for at foretage en yderligere detaildifferentiering af vægtningen inden for den enkelte undergruppe af metalob-

jekter. Sidstnævnte var særligt begrundet i den usikkerhed, der gjorde sig gældende i forhold til det forventede indkøbsbehov, i særdeleshed under undergruppen ”Overall Metal objects”.

FMI har i analysen videre inddraget den forventede bestillingssystematik under rammeaftalen, hvorefter stykantalet under en konkret bestilling vil være nogenlunde ens, uanset hvilket metalobjekt/hvilken varelinje der indkøbes inden for en undergruppe.

I forhold til de berosatte metalobjekter og New Printtex’s problematisering af vægtning heraf har FMI bemærket, at anskaffelsen efter FMI’s erfaring ofte er lidt større ved indkøb af metalobjekter, der har været sat i bero i en periode, end ved indkøb af metalobjekter, som løbende har været i brug. Ved vægtingen udlignes en eventuel lavere sandsynlighed for indkøb af berosatte varer således med den forventelige lidt højere anskaffelsesstørrelse af sådanne varer ved genintroduktion.

I forhold til vægtingen af de tre varelinjer i undergruppen ”Production tools” har FMI grupperet de nødvendige produktionsværktøjer i tre typer, som anvendes på tværs af alle metalobjekter. FMI har ved denne undergruppering og vægtingen heraf inddraget det ovenfor beskrevne indkøbsbehov for de enkelte metalobjekter sammenholdt med, hvilket produktionsværktøj der anvendes til det enkelte metalobjekt. På denne baggrund vurderede FMI, at indkøbsbehovet for produktionsværktøjerne ville fordele sig ligeligt blandt de tre grupper af produktionsværktøjer.

FMI har således foretaget en konkret forhåndsvurdering af det forventede indkøbsbehov, som ud fra FMI’s mest kvalificerede skøn på tidspunktet for offentliggørelsen af udbuddet legitimerede anvendelsen af en evalueringsmodel, hvori der anvendes en lige vægting af varelinjerne inden for de enkelte (i øvrigt vægtede) undergrupper.

Klagenævnets kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud, kan ikke udlægges således, at det altid vil være uforeneligt med udbudsreglerne at anvende en evalueringsmodel, hvor hver varelinje indgår med samme vægting.

Ud fra proportionalitetsbetragtninger bør der ved fastlæggelsen af kravene til, hvor præcist vægtningen skal foretages, tages et vist hensyn til anskaffelsens økonomiske størrelse (værdi), således at kravene er ressourcemæssigt proportionale, jf. herved princippet i udbudslovens § 45 og forarbejderne hertil. Det ville således have krævet store ressourcer at foretage en mere udførlig analyse af hver enkelt varelinjes evalueringstekniske tyngde, der ikke ville stå mål med rammeaftalens anslåede værdi på gennemsnitligt godt 3 mio. kr. årligt, og det ville efter al sandsynlighed højst have ført til ganske små afvigelser fra den faktisk foretagne vægtning.

Ad påstand 3

New Printtex har gjort gældende, at det er i strid med gennemsigtighedsprincippet, at FMI ikke har oplyst, hvilke mærker der er udgået.

Det var således meget vigtigt for tilbudsgiver at kende til, hvilke mærker der er udgået, og som derfor med sikkerhed eller med stor sandsynlighed ikke vil blive indkøbt i rammeaftalens løbetid. Det har betydning, fordi tilbudsgiver risikofrit kunne vælge at tilbyde en meget lav pris for disse mærker – i princippet kunne de pågældende mærker tilbydes gratis for derved at optimere evalueringsprisen uden nogen kommerciel risiko, alternativt kunne mærkerne tilbydes til kostpris for det tilfælde, at et eller enkelte blev genanvendt.

Det var imidlertid kun den eksisterende leverandør, der vidste, hvilke mærker der var udgået, og derfor har den eksisterende leverandør haft en klar konkurrencemæssig fordel ved at have kendskab til, hvilke af de på tilbudslisten omfattede mærker der risikofrit kunne tilbydes til en meget lav pris, og derved optimere den beregnede evalueringspris og muligheden for at genvinde kontrakten.

FMI har gjort gældende, at New Printtex' spekulation i priserne forudsætter, at der var mærker, der enten skulle have været udeladt fra udbuddets genstand eller skulle have været givet en lavere evalueringsmæssig vægtning end andre. Påstand 3 bidrager således reelt ikke med noget nyt i forhold til påstand 1 og 2. FMI gør som anført under påstand 1 og 2 gældende, at ingen af de medtagne mærker skulle have været udeladt eller skulle have været indgået med en lavere vægtning, og allerede derfor kan en eventuel eksisterende leverandør ikke have haft mulighed for at spekulere i priserne.

FMI har derudover bemærket, at FMI ikke har én eksklusiv leverandør af mærker, og at FMI ikke siden 2008 har haft en rammeaftale svarende til den nu udbudte. Derimod har FMI en længere række leverandører, idet der er indkøbt mærker ad hoc hos flere leverandører både centralt igennem FMI og lokalt i de enkelte afdelinger i Forsvaret. FMI skønner, at der er indkøbt mærker hos 10-20 forskellige leverandører. FMI har efter opfordring fra New Printtex indekseret de afgivne tilbudspriser på de mærker, som New Printtex har anført som udgået.

Af de leverandører, der har afgivet tilbud under udbudsproceduren, har FMI indkøbt flest mærker hos AB Sporrøng. New Printtex er tilsyneladende bekymret for, at AB Sporrøng har haft en viden om FMI's behov, som gjorde, at AB Sporrøng "risikofrit" kunne afgive et tilbud med lavere priser på de varer, der er sat i bero, og derfor – efter New Printtex's opfattelse – mest sandsynligt ikke vil blive indkøbt igen.

De indekserede priser viser helt overordnet, at en sådan spekulation ikke kan have været tilfældet, idet AB Sporrøng ikke har tilbudt lavere priser på de mærker, som New Printtex har anført, er udgået.

Ad påstand 4

New Printtex har gjort gældende, at der er grundlag for at annullere udbuddet, hvis selskabet får medhold i en af påstandene 1-3, idet udbuddet er gennemført i strid med udbudslovens § 2, og der er tale om overtrædelser, der må antages at have haft en afgørende indflydelse på resultatet af udbuddet.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med udbudsreglerne ved fastlæggelsen af evalueringsmodellen for underkriteriet "pris". Der er allerede derfor ikke grund til at annullere udbudsforretningen.

Selv hvis det måtte kunne påvises, at vægtningen på visse punkter er unøjagtig, ville der være tale om bagatelagte udsving i forhold til den vægtning, FMI har foretaget, som næppe ville have betydning for udfaldet af evalueringen. Eventuelle mangler ved evalueringsmodellen har derfor ikke været konkret væsentlige og dermed annullationsbegrundende.

Vægtningen af de 55 ”berosatte” metalobjekter udgør alene 3,41 % af det samlede prisevalueringsgrundlag (0,31 % (vægtningsfaktor pr. varelinje) x 55 (antal ”udgåede” varer) x 20 % (undergruppefaktor) = 3,41 %) og endvidere alene 1,71 % af det samlede evalueringsgrundlag (3,41 % x 50 %). Selv hvis det måtte blive fastslået, at ingen af de berosatte metalobjekter skulle være medtaget i prislisen, ville dette således alene have en marginal indflydelse på tilbudsevalueringen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet har i delkendelsen af 19. juni 2018 om påstand 1 udtalt:

”Vedrørende påstand 1 finder klagenævnet, at der på det foreliggende grundlag efter det oplyste om karakteren af de omtvistede metalobjekter og forsvarets praksis vedrørende berosættelse og genanvendelse af metalobjekter ikke er grundlag for at fastslå, at tilbudslisten indeholder et væsentligt antal varer, som med sikkerhed ikke vil blive indkøbt i rammeaftalens løbetid.

Der er herefter på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.”

På den baggrund, og da klagenævnet heller ikke efter det, som New Printtex efterfølgende har anført, finder grundlag for at fastslå, at tilbudslisten indeholder varer, der ikke kan anses for forbundet med kontraktens genstand og dermed skulle have været udeladt fra udbuddet, tages påstand 1 ikke til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet har i delkendelsen af 19. juni 2018 om påstand 2 udtalt:

”Vedrørende påstand 2 bemærker klagenævnet, at ordregivere har et vidt skøn ved fastsættelsen af evalueringsmodeller, og de kan således kun tilsidesættes, hvis de strider mod de udbudsretlige regler, herunder gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2, eller hvis ordregivers skøn beror på et usagligt grundlag.

Ved et sortimentsudbud er det efter klagenævnets praksis i forhold til underkriteriet ”Pris” i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, at foretage en evaluering,

som ikke er repræsentativ i forhold til det forventede indkøb. Dette krav kan opfyldes ved at inddrage et skønnet indkøbsbehov eller indkøbsvolumen eller ved at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje.

Af udbudsmaterialet i det omhandlede udbud fremgår oplysninger om den forholdsmæssige vægtning af priserne for hver enkelt varelinje.

Udbudsloven indeholder ikke regler om krav til ordregivernes faktuelle grundlag, herunder om særlige undersøgelser, for angivelse af forventede indkøbsestimater eller den forholdsmæssige vægtning af priserne for hver enkelt varelinje i sortimentsudbud som det foreliggende.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at de oplysninger, som FMI inddrog, herunder input og erfaringer fra den nedsatte projektgruppe, og som resulterede i opdelingen i de tre varegrupper, har været usaglige. Der er som anført ad påstand 1 heller ikke grundlag for at fastslå, at der er varelinjer, som med sikkerhed ikke vil blive indkøbt. De anvendte vægtninger må efter det foreliggende herefter anses for at være saglige og ikke i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Der er herefter på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.”

På den baggrund, og da det, New Printtex efterfølgende har anført vedrørende denne påstand, ikke giver klagenævnet grundlag for at tilsidesætte FMI's vurdering af, at der ikke var anledning til at foretage en yderligere detaildifferentiering af vægtningen inden for de tre varegrupper, tages påstand 2 ikke til følge.

Ad påstand 3

Som anført ad påstand 1 og 2 er der ikke grundlag for at fastslå, at tilbudslisten indeholder varelinjer, der skulle have været udeladt fra udbuddets genstand, eller varelinjer, der skulle have været givet en lavere evalueringmæssig vægtning. Det kan herefter ikke anses at have været af væsentlig betydning for tilbudsgivernes fastsættelse af prisen at få oplyst, hvilke varer der i FMI's it-system var registreret som udgået. FMI har således ikke handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at oplyse herom, eller om at de pågældende varelinjer var berosat.

Påstand 3 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Der er som følge af det anførte vedrørende påstand 1-3 heller ikke udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

New Printtex of Denmark ApS 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.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig