

K E N D E L S E

Grandt Defense ApS
(advokat Jeppe Holt, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Kristian Hartlev og advokat Nikolaj Lysebjerg Hansen,
København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 155-357330 af 10. august 2018 udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI") som begrænset udbud efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2009/81/EF af 13. juli 2009) en rammeaftale vedrørende indkøb af forskellige typer af ballistiske briller til forsvaret.

Armatech, Grandt Defense ApS, Precision Technic Defence, Revision Military og Wiley-X afgav tilbud inden tilbudsfristens udløb.

Den 22. januar 2019 besluttede FMI at indgå kontrakt med Wiley-X.

Den 1. februar 2019 indgav Grandt Defense klage og den 7. februar 2019 en revideret klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Grandt Defense fremsatte i den forbindelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 1. marts 2019 besluttede klagenævnet, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Grandt Defense har nedlagt følgende endelige påstande:

“Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DALO har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og proportionalitet ved at afvise Grandts tilbud som ukonditionsmæssigt under henvisning til, at der ikke var indleveret et tilstrækkeligt antal testeksemplarer, idet Grandt havde leveret den krævede kvantitet testeksemplarer, der svarede til udbudsbekendtgørelsens mindstekrav (”Instructions to Tenderers pkt. 7.3, sammenholdt med ”Question and answer note no. 2”, svar på spørgsmål 2) og tilbuddet dermed var konditionsmæssigt, og idet Grandts tilbud ikke blev evalueret i lighed med øvrige tilbudsgivere, og idet mindre indgribende foranstaltninger end afvisning kunne være truffet til at afklare de af DALO påberåbte mangler ved Grandts tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at DALO har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved under udbudsprocessen (i) ikke at udforme ændringer til krav om kvantitet af testeksemplarer tilstrækkeligt klart og præcist i ”Question and answer note no. 2” (ii) samt ved ikke at have foretaget en fyldestgørende vurdering af Grandts tilbud på lige fod med de øvrige tilbudsgivere.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere DALO’s beslutning af 22. januar 2019 om, at Grandts tilbud var ukonditionsmæssigt.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere DALO’s beslutning af 22. januar 2019 om at tildele den udbudte kontrakt til Wiley X EMEA LLC.”

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

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 10. august 2018 fremgår bl.a. følgende:

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

Danish Defense and Logistic Organization (DALO) is putting the acquisition of ballistic eyewear including spare parts up for tender. This tender procedure concerns award of one framework agreement of a (1) selection of 4-10 different Ballistic Spectacle Systems, a (2) Ballistic Goggle System, a (3) Tactical Parachute Eyewear System and a (4)

Arctic Goggle System for the Danish Defense. In addition to the mandatory products the tenderer also has the opportunity to offer an assortment of other similar alternative ballistic eyewear in the same product category as (1) Ballistic Spectacle Systems, (2) Ballistic Goggle System, (3) Tactical Parachute Eyewear System.

The ballistic eyewear will be used by men and woman for both training and actual military operations and shall protect the soldiers eyes from fragments, dust, sun, airborne insects and similar foreign objects as well as laser light. Furthermore the ballistic eyewear is required to work with different types of headwear and gear such as weapon optics, night vision goggles, hearing protection equipment and different kinds of audio headsets.

The ballistic eyewear must accommodate fitting for different facial shapes. ”

I udbudsmaterialet (Instructions to Tenderers) er bl.a. fastsat følgende:

2. INTRODUCTION TO THE TENDER PROCEDURE

...

The tender concerns the award of one Contract for 1-4 categories including spareparts. These are mandatory categories, which the tenderer shall bid on.

Furthermore the tender concerns an assortment of similar alternative Ballistic Eyewear, it is not mandatory for the tenderer to bid on the assortment as they are supplementary items, tenderers are made aware that the assortment will be evaluated as stated in clause 7 of this Instructions to Tenderers.

The tender concerns award of one Contract of a (1) selection of 4 – 10 different Ballistic Spectacle Systems, a (2) Ballistic Goggle System, a (3) Tactical Parachute Eyewear System and a (4) Arctic Goggle system. The Requirement Specification for the Ballistic Eyewear is described in the Appendices A.1, A.2, A.3 and A.4.

The tenderer shall also offer a selection of spare parts for the Ballistic Eyewear. The spare parts which shall be included in the offer are listed in appendix C.5.

In addition to the mandatory items the tenderer also has the opportunity to offer an assortment of other similar alternative Ballistic Eyewear in same product category as (1) Ballistic Spectacle Systems, (2) Ballistic Goggle System and (3) Tactical Parachute Eyewear System.

The assortment categories are:

- Ballistic Spectacles - shield style
 - Ballistic Spectacles - wrap style
 - Ballistic Goggle
- Tactical Parachute Eyewear

All offered Ballistic Spectacle systems in the assortment, both shield style and wrap style, shall fulfill all mandatory requirements in Appendix A.1. All offered Ballistic Goggle systems in the assortment shall fulfill all mandatory requirements in Appendix A.2. All offered Tactical Parachute Eyewear systems shall fulfill all mandatory requirements in Appendix A.3. However it is not a requirement that the tenderer shall offer spare parts for the assortment.

The purpose of the supplementary items is to ensure that DALO has a broader assortment within the offered product categories than the mandatory *Ballistic Spectacle Systems*, *Ballistic Goggle System*, *Tactical Parachute Eyewear System* and *Arctic Goggle System*. Hence, the assortment can therefore have different quality as long the Ballistic Eyewear fulfill overall category and the mandatory requirements stated in respectively Requirement Specification Appendices A.1, A.2 and A.3.

Only supplementary items covered by the overall description of the product categories set out in Appendices A.1, A.2 and A.3 may be offered. If a supplementary item is not covered by the overall description of a product category the item will not be included in the evaluation of the sub-criterion “assortment”. The offer will not be considered “non-compliant”. Supplementary items will not be included in the evaluation of the sub-criteria “price” and “functionality” but will only be part of the evaluation of the sub-criterion assortment. In case of doubt as to whether an item is included in an overall product category, the characteristics of the mandatory items in Appendices A.1, A.2 and A.3 included in the product category in question will be decisive. If items are offered which are not included in one of the product categories described by DALO in Appendices A.1, A.2 and A.3, then DALO will not subsequently be able to purchase such items.

It is not an obligation that the tenderer shall offer an assortment.

The assortment volume will never represent more than 20 % of the total purchased volume.

If the tenderer would like to offer an assortment Appendix C.6 should be filled in.

Hence, the Contract shall include;

- 1) Selection of 4 – 10 different Ballistic Spectacle Systems (in order to fit most Danish soldiers with different facial shapes)
- 2) Ballistic Goggle System
- 3) Tactical Parachute Eyewear System
- 4) Arctic Goggle System

The tenderer can include an assortment in the offer.

Assortment of Ballistic Eyewear in in the product categories Ballistic Spectacle Systems, Ballistic Goggle System, Tactical Parachute Eyewear System

...

5.6 Reservations and Mandatory Requirements

Reservations cannot be made concerning essential elements, including Mandatory Requirements (marked with “M” in the Requirements Specification (Appendices A.1, A.2, A.3, A.4) in the tender documents. A reservation concerning an essential element in the tender documents is a reservation which may lead to serious distortion of the competition, if the reservation is allowed.

A number of reservations concerning non-essential elements may jointly be considered a reservation concerning essential elements.

Non-compliance or partial compliance with Conditional Requirements (market with “R”) in the Requirements Specification (Appendices A.1, A.2, A.3, A.4) is not regarded as a reservation. The extent of compliance with the Conditional Requirements will form part of the evaluation, cf. clause 7.

The tender documents include a number of Mandatory Requirements. A Mandatory Requirement is a requirement that must unconditionally be complied with since deviations from the requirements will not be accepted.

Consequently, offers that do not comply with all the Mandatory Requirements or with reservations concerning essential elements will be considered “non-compliant” and will not be taken into consideration.

Regarding the Contract

The provisions in the Contract are Mandatory Requirements with respect to which the tenderer may not make reservations.

Should there be any uncertainty regarding the completion of Appendices, or whether a reservation will result in the offer being non-

compliant, the tenderer is encouraged to submit written questions, cf. clause 4.1.

...

7. EVALUATION

7.1 Award criteria

The Contract will be awarded on the basis of the award criterion the most economically advantageous tender.

In the evaluation of the offers, DALO will use the following sub-criteria with the specified weighting:

1. Price 30 %
2. Functionality 65%
3. Assortment 5 %

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

...

7.2.2 Evaluation of criteria

...

Functionality

Each tenderer will be graded on the functionality criterion based on the obtained grading of the functionality of the four product categories; (4-10) Ballistic Spectacle Systems, Ballistic Goggle System, Tactical Parachute Eyewear System and Arctic Goggle System. The individual weighting of the four product categories are:

Functionality, Ballistic Spectacle Systems (4-10 pairs), 55%

Functionality, Ballistic Goggle System, 25%

Functionality, Tactical Parachute Eyewear System, 10%

Functionality, Arctic Goggle System, 10%

The functionality criterion is evaluated based on each tender's compliance with the evaluation requirements as laid out in respectively Appendix A.1, A.2, A.3 and A.4.

The ballistic spectacle is offered as a selection of 4-10 systems in order to fit most Danish soldiers with different facial shapes. The 4-10 systems in the selection weight equally in the functionality criterion. This means that if a tenderer offers 5 Ballistic Spectacle Systems, each system accounts for 20 % of the functionality score. If a tenderer offers 10 different Ballistic Spectacle Systems, each system accounts for 10 % of the functionality score, etc.

The grade for the criterion Functionality will be calculated as the weighted average of the grades given for the requirements, using the weights stated in respectively Appendix A1, A.2 A.3 and A.4.

Assortment

The grading of the assortment is based on the number of offered assortment items. The tenderer can offer up to 5 models in each of the four assortment categories found in Appendix C.6 - Assortment. If the tenderer offers more than 5 models for each product category DALO will only consider the first 5 models for each product category on the list. The grading of the assortment is calculated as below.

| Offered assortment models ¹ | Grade |
|--|-------|
| 20 | 5 |
| 15 - 19 | 4 |
| 10 - 14 | 3 |
| 5 - 9 | 2 |
| 0 - 4 | 1 |

As for the products categories, a model in the assortment is understood as a combination of frame and lense shape. Alterations in small details like the nosepiece or colour is not considered another model.

...

Overall

When each offer has been evaluated for the criteria, Price, Functionality and Assortment, a final overall evaluation for each offer will be made based on the weightings stated under the section Award Criteria above.

The contract will be awarded to the tenderer who achieves the highest overall grade.

7.3 Testing of Ballistic Eyewear Systems

As a part of the evaluation of the offer, DALO will perform a series of tests on the Ballistic Eyewear (*hereafter Test Specimen*) that each tenderer is required to submit to DALO before the deadline specified below. The Test Specimen must in all aspects conform with and be identical to Ballistic Eyewear offered to DALO. However the mandatory requirements in Appendices A.1, A.2, A.3, A.4 regarding “Marking” and “Colour” does not have to be fulfilled by the Test Specimens.

...

The tenderer must provide DALO with 10 Test Specimen for each Ballistic Eyewear system and 10 prescription solutions i.e. RX carriers for each of the 4 – 10 different Ballistic Spectacle Systems and the Ballistic Goggle System as listed below for expert evaluation.

Hence, tenderer shall provide DALO with;

- 1) 10 Test Specimens of each of the 4 – 10 different Ballistic Spectacle Systems (40-100 systems) and 10 prescription solutions i.e. RX carriers for each of the 4 – 10 different Ballistic Spectacle Systems
 - 2) 10 Test Specimens of Ballistic Goggle System (10 systems) and 10 prescription solutions i.e. RX carriers
 - 3) 10 Test Specimens of Tactical Parachute Eyewear System (10 systems)
 - 4) 10 Test Specimens of Arctic Goggle System (10 systems) and 10 prescription solutions i.e. RX carriers (if applicable)
- ...”

I Appendix A.1 Requirements Specification Ballistic Spectacle Systems header det:

“ ...

1.1 Background and scope

The Danish Defence has a need for operational eyewear for the soldiers. The operational eyewear is primarily ballistic eyewear, but it also includes non-ballistic eyewear essential for solving tasks under certain conditions. The tenderer shall provide DALO with a framework agreement that covers operational eyewear used in the Danish Defence.

The ballistic spectacle will be used by men and women for both training and actual military operations. The tenderer shall offer a selection of 4 - 10 different ballistic spectacle models¹.

[[Note 1:] A model is understood as a combination of frame and lens shape. Alterations in small details like the nosepiece or colour is not considered another model.

Example 1

A tenderer’s “Model A” is offered in a normal and wide width frame. It is considered two different models by DALO. If both are offered as part of the selection of 4 - 10 systems, they should be listed on two separate lines in Appendix C.5 – Prices; Model A – Normal frame and Model A – Wide frame]

...

Each of the 4 - 10 models shall be offered as a complete Ballistic Spectacle System consisting of one model of shield type (one lens

covers both eyes) spectacles, spare lenses (with nosepieces, if applicable) and Modular Lightweight Load Carrying Equipment (MOLLE) compatible carrying case or bag, cleaning cloth, anti-fog reapplication (if applicable) and a retaining strap. Lenses shall be capable of being easily removed from the primary frame and replaced with another lens. For those Ballistic Spectacles Systems designed without a frame around the lens, the lens shall be easily removed from the supporting structure (i.e., temple arms and/or retention strap) and replaced with another lens. This Appendix A.1 contains the specific requirements and evaluation parameters regarding the manufacturing and delivery of each of the 4 - 10 Ballistic Spectacle Systems.

The offered Ballistic Spectacle Systems will be tested and evaluated by a Subject Matter Expert (hereafter SME) panel, to find the economically most advantageous option for the Danish Defence.

3 Operational requirements

This paragraph describes operational requirements.

“
...
”

| Id. No. | Requirement | Classification | Documentation | Requirement compliance | DALO comments | Weight | Tenderer's description of offer |
|---------|--|----------------|---------------|------------------------|---|--------|---------------------------------|
| 8. | <p>Color</p> <p>The Ballistic Spectacle Systems shall be in a Crye Precision MultiCam compatible colour, not compromising camouflage.</p> | M | Y/N | | <p>By this requirement, DALO means that the overall impression of the Ballistic Spectacle Systems, excluding the lenses, shall be tan, sand, crocodile, foliage green or similar color tones or a combination.</p> <p>DALO does not consider black a MultiCam compatible color. However small parts like the nosepiece, logo or similar small details can be black, as long as it is not interfering with the overall visual impression.</p> <p>DALO will however accept test samples in any color.</p> | | |

...
...
...

| Id. No. | Requirement | Classification | Documentation | Requirement compliance | DALO comments | Weight | Tenderer's description of offer |
|---------|--|----------------|---------------|------------------------|--|--------|---------------------------------|
| 15. | <p>Marking</p> <p>The Ballistic Spectacle Systems shall be permanently marked with the three letters FMI on the frame in a way that does not compromise the camouflage.</p> | M | Y/N | | <p>It is up to the tenderer how to mark the product. It can be e.g. a permanent print or engraving. The mark will ensure DALO that it is our product and not one bought in a shop. The placement of the mark is unimportant as long as it is visible upon inspection. For products designed without a frame around the lens, the marking shall be placed on a temple arm.</p> <p>The test samples do not have to fulfill this requirement.</p> | | |

...
...
...

| Id. No. | Requirement | Classification | Documentation | Requirement compliance | DALO comments | Weight | Tenderer's description of offer |
|---------|--|----------------|---------------|------------------------|--|--------|---------------------------------|
| 21. | Selection size The tenderer should offer 10 different Ballistic Spectacle Systems. | R | D | | DALO is looking for most possible different models in order to provide the best possible selection of ballistic spectacles to the Danish soldier. The grading of the selection of Ballistic Spectacle Systems will be as follows. 4 different Ballistic Spectacle Systems = 1 point. 5 different Ballistic Spectacle Systems = 2 points. 6 – 7 different Ballistic Spectacle Systems = 3 points. 8 – 9 different Ballistic Spectacle Systems = 4 points. 10 different Ballistic Spectacle Systems = 5 points. | 10 % | |

...”

I Appendix A.3 Requirements Specification Tactical Parachute Eyewear System hedder det:

“

...

1.1 Background and scope

...

The tactical parachute eyewear will be used by primarily special operation forces personnel for both training and actual military operations. The tactical parachute eyewear shall be offered as a complete Tactical Parachute Eyewear System consisting of either one shield type (one lens covers both eyes) or one wrap type (two lenses covering an eye each) low profile eyewear, spare lens (with nosepieces, if applicable), a Modular Lightweight Load Carrying Equipment (MOLLE) compatible hard or soft carry case, cleaning cloth and anti-fog reapplication.

...

1.2 Concept

...

The hard or soft carry case must be able to hold the complete Tactical Parachute Eyewear System and should not expose the soldier to increased danger or discomfort. The carry case shall be capable of carrying one Tactical Parachute Eyewear System and at least one additional lens.

...

1.5 Definitions and abbreviations

In this chapter we describe definitions and abbreviations used in this requirement specification.

Classification

The following categories are valid for the 'Classification' column. Each requirement is classified as 'Mandatory Requirement' or 'Requirement'. Mandatory Requirements are marked with 'M'. Requirements are marked with 'R'.

| Classification ID | Description |
|-------------------|---|
| M | A mandatory requirement shall be fulfilled by the tenderer. If a mandatory requirement is not fulfilled, the offer will be excluded from further evaluation |
| R | Requirement. These requirements will be evaluated or tested by Danish Defence |

Documentation

The following categories are valid for the 'Documentation' column. It specifies how the tenderer should document how the proposed equipment/service fulfills the requirement. It is possible to specify more than one documentation requirement.

| Documentation ID | Description |
|------------------|---|
| Y/N | Tenderer must answer with Y (yes) or N (no) if the requirement is fulfilled. If necessary with comments. Please observe that if it is a Mandatory Requirement answering 'No' results in an unconditional offer |
| C | The offer must include a certificate as documentation. |
| D | The offer must include a description or attached valid documentation. |
| TD | The Danish Defence will perform a test to examine this requirement. |

...

3 Operational requirements

This paragraph describes operational requirements.

| Id. No. | Requirement description | Classification | Documentation | Requirement compliance | DALO comments | Weight | Tenderer's description of offer |
|---------|-------------------------|----------------|---------------|------------------------|---------------|--------|---------------------------------|
|---------|-------------------------|----------------|---------------|------------------------|---------------|--------|---------------------------------|

...

| | | | | | | | |
|----|---|---|-----|--|---|--|--|
| 5. | Lenses The Tactical Parachute Eyewear System shall include two lenses: dark and clear. | M | Y/N | | By dark lens DALO means a lens in dark grey, smoke or similar colour. | | |
|----|---|---|-----|--|---|--|--|

”

...

I Question and answer note no. 2 of 8th of October 2018 questions no. 1 - 5 heddet det:

“

...

| No | Question submitted | Answer | Date of receipt | Date of answering |
|----|--|--|------------------------------------|---------------------------------|
| 2 | If a candidate intent to offer the same MOLLE case and accessories for each product offered in category 1 – Ballistic Spectacle System, will DALO accept that only 10 MOLLE cases are submitted as Test Specimens even though maybe 10 different spectacles are submitted? | In connection with the MOLLE compatible bag: If a candidate offers the same MOLLE compatible carrying case for all products offered in category 1 – Ballistic Spectacle System, DALO can accept that in connection with the test only 10 are delivered as it is the same carrying case offered. | 25 th of September 2018 | 8 th of October 2018 |

...

| | | | | |
|--|--|--|--|--|
| | | <p>Besides the carrying case the tenderers must submit the following for each of the 4-10 Ballistic Spectacle Systems: Shield type Spectacle frame, 3 lenses (clear, dark and contrast, with nosepieces, if applicable), cleaning cloth, anti-fog reapplication (if applicable) and a retaining strap.</p> <p>Furthermore the tenderers must submit 10 prescription solution i.e. RX carrier for each of the 4 – 10 different Ballistic Spectacle Systems.</p> | | |
|--|--|--|--|--|

Af tilbudslisten fra Grandt Defense fremgår, at virksomheden tilbød seks brillesystemer i kategori 1:

- ”SI Ballistic M Frame ALPHA” (mrk. Oakley)
- ”ESS Crossblade”
- ”ESS Crossblade NARO”
- ”ESS Crossbow”
- ”ESS Crosshair” og
- ”ESS Rollbar”

Endvidere tilbød virksomheden ét brillesystem for hver af de øvrige tre kategorier, herunder ”SI Ballistic HALO Goggle” (mrk. Oakley) i kategori 3.

I tilbuddet fra Grandt Defense fremgår af appendix C.3 ”Supplier’s offer” vedr. kategori 3, Tactical Parachute Eyewear System, under pkt. 5 og 12 følgende:

”

| Id. No. | Requirement description | Classification | Documentation | Requirement compliance | DALO comments | Weight | Tenderer’s description of offer |
|---------|-------------------------|----------------|---------------|------------------------|---------------|--------|---------------------------------|
|---------|-------------------------|----------------|---------------|------------------------|---------------|--------|---------------------------------|

...

| | | | | | | | |
|----|--|---|-----|---|---|--|---|
| 5. | Lenses The Tactical Parachute Eyewear System shall include two lenses: dark and clear. | M | Y/N | Y | By dark lens DALO means a lens in dark grey, smoke or similar colour. | | SI Ballistic M Frame ALPHA lenses (Clear, Grey, Prizm TR22, Prizm TR45, Prizm Grey, Photochromic, and Laser) are interchangeable with the SI Ballistic HALO goggle. |
|----|--|---|-----|---|---|--|---|

...

| | | | | | | | |
|-----|--|---|-----|---|---|-----|--|
| 12. | Contrast lens The tenderer should offer a contrast lens for the Tactical Parachute Eyewear System. | R | Y/N | Y | <p>Contrast lens offered = 5 points. No contrast lens offered = 1 point.</p> <p>By contrast lens DALO means a lens that enhances contrasts in certain light conditions, typically in the colours orange, light rust, vermilion, amber or similar.</p> <p>DALO kindly reminds the tenderer to fill out the relevant line in Appendix C.5 – Prices if a contrast lens is offered.</p> | 5 % | Compatible, Prizm TR45 high contrast lens included. SI Ballistic M Frame ALPHA lenses (Clear, Grey, Prizm TR22, Prizm TR45, Prizm Grey, Photochromic, and Laser) are interchangeable with the SI Ballistic HALO goggle. |
|-----|--|---|-----|---|---|-----|--|

”

Grandt Defense har fremlagt fotografier af den tilbudte brille i kategori 3 med tilhørende taske.

FMI har fremlagt billeder vedrørende vareprøverne fra Grandt Defense, nemlig af kassen med det tilbudte brillesystem i kategori 3 (Halo Goggle) og af kassen med det tilbudte brillesystem i kategori 1 (M-Frame Alpha).

FMI har endvidere fremlagt billeder af virksomhedens vareprøver for kategori 1 og 3 brillerne samt MOLLE brilletasken indleveret sammen med kategori 1 brillerne.

Ved udateret brev til Grandt Defense afviste FMI virksomhedens tilbud som ukonditionsmæssigt med følgende begrundelse:

”Tender for Ballistic Eyewear - contract notice 2018/S 155-357330

...

DALO has reviewed the five (5) received offers and evaluated them on the basis of the requirements and award criteria stated in the Instructions to Tenderers.

DALO regrets to inform you that, following the evaluation process, your offer is deemed non-compliant with the tender documents, as it does not meet the following minimum requirements:

DALO did not receive all required Test Specimen from Grandt Defence ApS as described in the Instructions to Tenderers section 7.3 Testing of Ballistic Eyewear Systems.

Grandt Defence ApS should have provided DALO with ten (10) complete Test Specimen for each Ballistic Eyewear System as described below:

- 1) 10 Test Specimens of each of the 4 – 10 different Ballistic Spectacle Systems (40-100 systems)
- 2) 10 Test Specimens of Ballistic Goggle System (10 systems)
- 3) 10 Test Specimens of Tactical Parachute Eyewear System (10 systems)
- 4) 10 Test Specimens of Arctic Goggle System (10 systems)

DALO has not been able to find carrying cases for the Test Specimen submitted by Grandt Defence ApS for the product category Tactical Parachute Eyewear System.

Furthermore DALO did not find any clear lenses for the submitted Test Specimen for the product category Tactical Parachute Eyewear System.

A description of what a complete Tactical Parachute Eyewear System consists of is found in Appendix A.3, clause 1.1.

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

...”

Af FMI's evalueringsrapport fremgår bl.a.:

”2. KONDITIONSMÆSSIGHED

...

Alle tilbudsgivere afgav deres skriftlige tilbud via webportalen Ethics rettidigt. FMI havde ved tilbudsfristen modtaget kasser med samples til afprøvning fra alle tilbudsgivere. FMI havde ved tilbudsfrist ikke modtaget tasker og klare linser til brillen i kategorien Tactical Parachute Eyewear System fra tilbudsgiver Grandt Defence. Alle andre tilbudsgivere har indleveret alle samples rettidigt.

Tilbudsgiveren Grandt Defence er på baggrund af ovenforstående mangler i det indsendte tilbudsmateriale vurderet ikke konditionsmæssig og evalueredes således ikke i det videre forløb. FMI baserer deres valg på et ønske om og en forpligtigelse til at ligebehandle alle tilbudsgivere. De fire resterende tilbudsgivere har alle indsendt deres tilbud inkl. samples til tiden, lever op til mindstekravene og er derfor vurderet konditionsmæssige. Deres tilbud er derfor evalueret i det videre forløb.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Grandt Defense har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og proportionalitet ved at afvise virksomhedens tilbud som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at virksomheden ikke havde indleveret et tilstrækkeligt antal test-eksemplarer.

Grandt Defense har nærmere anført, at virksomheden indleverede det påkrævede antal, svarende til udbudsbekendtgørelsens mindstekrav, og at mindre indgribende foranstaltninger end afvisning kunne have være truffet for at afklare de angivelige mangler ved tilbuddet fra Grandt Defense.

Alle systemer skulle ifølge udbudsmaterialet leveres i 10 eksemplarer inklusive 10 sæt obligatorisk tilbehør, herunder mørke og klare glas samt en MOLLE-kompatibel transporttaske.

Ved besvarelsen af "Question and answer note no. 2 of 8th of October 2018 questions no. 1 - 5" ændrede FMI på mængden af tilbehør, der skulle indleveres i kategori 1, således at det var tilstrækkeligt at indlevere 10 opbevaringstasker. Herefter var der ifølge mindstekravet alene pligt til at indlevere 40 briller og 10 tasker, forudsat at taskerne var kompatible med samtlige briller.

Endvidere ændrede FMI herved kravene om levering af 10 sæt tilbehør pr. system, således at der herefter for hvert system skulle leveres 3 linser ("clear", "dark" og "contrast"), rensklud og anti-dug-tilbehør, mens kravet om, at der for hvert system skulle indleveres 10 stk. "prescription solution i.e. RX carrier" pr. brillesystem bestod uændret.

Grandt Defense indleverede på denne baggrund brillesystemerne i 10 eksemplarer med 10 eksemplarer af diverse tilbehør, dog således at der til de to Oakley brillesystemer alene var indleveret 10 klare brilleglas og 10 transporttasker, mens øvrigt tilbehør til Oakley systemerne var indleveret i 20 eksemplarer, hvilket Grandt Defense havde omtalt i pkt. 5 og 12 i Appendix C.3. Endvidere havde Grandt Defense i tilbudslisten, Appendix C.5, anført brilleglas med samme varenavn- og nummer under henholdsvis Oakley brillesystemet i kategori 1 og Oakley brillesystemet i kategori 3.

Grandt Defense har endvidere anført, at FMI ikke havde fastsat specifikke krav for, hvorledes testeksemplarer skulle være pakket, og at FMI, jf. udbudslovens § 159 og pkt. 6 i "Instructions to Tenderers", udnyttede muligheden for at stille spørgsmål til Grandt Defense, men at FMI ikke stillede spørgsmål til placeringen eller mængden af det leverede tilbehør til brillesystemerne fra Oakley i kategori 1 og 3.

FMI afviste tilbuddet fra Grandt Defense som ukonditionsmæssigt, fordi FMI ikke kunne identificere 10 transporttasker og 10 klare brilleglas til Oakley brillesystemet tilbudt i kategori 3, selvom der blev leveret 10 sæt klare brilleglas og 10 transporttasker, der passer til både Oakley brillesystemet tilbudt i kategori 3 og Oakley brillesystemet tilbudt i kategori 1.

FMI kunne have udnyttet muligheden for at stille spørgsmål og herved have spurgt Grandt Defense, hvor tilbehøret kunne findes i de leverede kasser eller have valgt at lade Oakley brillesystemet tilbudt i kategori 1 udgå som ukonditionsmæssigt, idet dette brillesystem ikke udgjorde et mindstekrav, da der fortsat ville være tilbudt seks andre brillesystemer i kategori 1, men FMI valgte den mest indgribende handling ved at anse hele tilbuddet fra Grandt Defense som ukonditionsmæssigt.

Grandt Defense har endelig anført, at FMI ved et efterfølgende møde har oplyst til Grandt Defense, at FMI var klar over, at de tilsendte testeksemplarer af brilleglassene kunne anvendes til brillesystemet udbudt i kategori 1 såvel som brillesystemet i kategori 3, og at FMI fysisk havde konstateret, at brilleglassene passede til begge de omhandlede Oakley brillesystemer i kategori 1 og 3, men at FMI valgte at henvføre de indsendte brilleglas til brillesystemet i kategori 1. FMI afprøvede ikke kompatibiliteten mellem MOLLE-taskerne, og Grandt Defense har under henvisning til de af Grandt Defense fremlagte fotografier bestridt, at den leverede Oakley transporttaske ikke var anvendelig med de leverede Oakley briller i kategori 3. Det er derfor en åbenbar fejl, at FMI har afvist tilbuddet under henvisning til, at der ikke var indsendt 10 klare brilleglas og 10 transporttasker i kategori 3, idet disse har været indsendt. At en række genstande fremsendes i to papkasser bevirker ikke, at genstandene ikke er fremsendt.

FMI har gjort gældende, at tilbuddet fra Grandt Defense var ukonditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke opfyldte kravene i udbudsmaterialet, og at FMI derfor med rette har afvist tilbuddet.

FMI har nærmere anført, at det under henvisning til udbudsbekendtgørelsens afsnit 3.1 og udbudsbetingelserne, herunder afsnit 7.3, klart fremgår af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne skulle indlevere de komplette brillesystemer, som de gav priser på, og som de ved en

kontraktindgåelse ville forpligte sig til at levere i overensstemmelse med udbudsmaterialets tekniske specifikationer.

Det følger også klart af kravsspecifikationen vedr. kategori 3, at det pågældende system skulle indeholde en "(MOLLE) compatible hard or soft carry case" og "two lenses: dark and clear". Det af Grandt Defense indleverede testprodukt under kategori 3 omfattede ikke brilletasker og klare linser, og tilbuddet er således ikke afgivet i overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet. Det manglende tilbehør skabte også en væsentlig usikkerhed om, hvorvidt det pågældende tilbehør blev tilbudt med klare linser og briller.

FMI har endvidere anført, at det bestrides, at FMI's besvarelse af spørgsmål nr. 2 i "Question and answer note no. 2 of 8th of October 2018 questions no. 1-5" kan forstås sådan, at tilbudsgiverne kunne undlade at indlevere tilbehør til testproduktet under kategori 3, og at det pågældende spørgsmål og svaret herpå udtrykkeligt henviser til kategori 1. Det kan derfor ikke afføde tvivl om, hvad der skulle indleveres under kategori 3. De resterende 4 tilbudsgivere indleverede alle de korrekte – og det korrekte antal – testprodukter.

FMI har også bestridt at skulle have haft et valg med hensyn til, hvilket brillesystem det indleverede tilbehør passede til. Som det fremgår af billedmaterialet, blev hvert brillesystem indleveret i en særskilt kasse, og der kan derfor ikke være tvivl om, hvilket tilbehør der hørte til hvilket brillesystem. Grandt Defense havde selv sørget for at henhøre tilbehøret, og i overensstemmelse hermed anså FMI det tilbehør, som lå i kassen med det tilbudte brillesystem i kategori 1, for at høre til dette brillesystem.

FMI har endvidere bestridt, at det skulle have været klart for FMI, at det var en mulighed, at tasker fra et af de indleverede testprodukter under kategori 1 skulle anvendes i sammenhæng med testproduktet under kategori 3. Grandt Defense havde ikke i sit tilbud beskrevet, at brilletasken til ét af brillesystemerne skulle anvendes sammen med testproduktet under kategori 3.

Det følger af fast rets- og klagenspraksis, at ordregiveren har ret til at afvise et tilbud, der ikke opfylder kravene i udbudsmaterialet, jf. herved Rettens dom af 30. april 2014 i sag T-637/11, Euris Consult Ltd mod

Europa-Parlamentet, klagenævnets kendelse af 3. september 2015, Flex Cap m.fl. mod Nordjyllands Trafikselskab, og kendelse af 17. juni 2009, Anlægsgartner Gottlieb A/S mod Psykiatrisk Center Sct. Hans. Det følger også af fast rets- og klagenævnspraksis, at tilbudsgiveren som det klare udgangspunkt bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud, og at ordregiveren ikke har pligt til at søge disse afklaret hos tilbudsgiveren eller acceptere dem, jf. herved også Rettens dom af 29. marts 2012 i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie, og klagenævnets kendelse af 13. december 2017, IP-Only Qbrick ApS mod Folketinget, og kendelse af 12. september 2018, Selex ES Inc. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse. Medmindre der er tale om en klar skrivefejl, der vil kunne afklares på en enkel og nem måde og således kan fjernes uden risiko for, at tilbudsgiveren vil forsøge at forbedre sit tilbud, er ordregiveren ikke forpligtet til at løbe den risiko, som vil være forbundet med at rette henvendelse til tilbudsgiveren, jf. herved Rettens dom i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen, og klagenævnets kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet.

Den brilletaske, som ifølge Grandt Defense passer til brillen i kategori 3, er ikke anvendelig. Brillerne fra henholdsvis kategori 1 og kategori 3 er vidt forskellige typer briller med forskellige dimensioner. Kategori 1 dækker over briller, der ligner klassiske solbriller, mens kategori 3 dækker over faldskærmsbriller, som er polstrede og tættnede. Det fremgår af billedmaterialet, at kategori 3 brillen er væsentligt bredere og længere end kategori 1 brillen. Det fremgår også, at der i brilletasken er fastmonteret skum med en relativt smal udskæring. Formen, som ikke kan tages ud, passer præcist til brillen i kategori 1, som glider let i, hvilket ikke er tilfældet med brillen i kategori 3, der helt tydeligt ikke passer til udskæringen. Det er således ikke muligt at placere brillen i udskæringen, hvilket er nødvendigt for at lukke tasken, uden at man med den ene hånd skal holde skummet væk og med den anden hånd må ”mase” brillen ned i udskæringen, og derfor opfylder tasken ikke kravet i kravsspecifikationens punkt 1.2. Herudover fremgår af kravsspecifikationens pkt. 1.1, at brillen primært skal bruges af specialstyrkerne under bl.a. militære operationer. Den pågældende brilletaske er dermed uanvendelig til brillen i kategori 3 i et operativt brug.

Såfremt FMI havde set bort fra det manglende tilbehør og rettet henvendelse til Grandt Defense og fået oplyst, at brilletasken til systemet i kategori 1 skulle anvendes sammen med systemet i kategori 3, ville FMI også have nået frem til, at tilbuddet fra Grandt Defense var ukonditionsmæssigt, idet det havde været nødvendigt for Grandt Defense at tilbyde en helt anden brilletaske til systemet, hvilket må sidestilles med at fremsætte et nyt tilbud i strid med udbudsreglerne. At Grandt Defense anfører, at brilletasken til systemet i kategori 1 skulle anvendes sammen med systemet i kategori 3, bekræfter således, at tilbuddet fra Grandt Defense ikke opfyldte kravene.

Ad påstand 2

Grandt Defense har gjort gældende, at de foretagne ændringer i udbudsmaterialet ikke er tilstrækkeligt klare og præcist beskrevet, og at FMI derfor har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Grandt Defense har under henvisning til FMI's besvarelse af "Question and answer note no. 2 of 8th of October 2018 questions no. 1-5" nærmere anført, at det fremgår direkte af ordlyden, at der for hvert brillesystem skulle indleveres det nævnte tilbehør og ikke 10 eksemplarer heraf, idet der i stedet ville skulle være angivet f.eks. 30 brilleglas (10 klare, 10 mørke og 10 kontrast). Det er på denne baggrund ikke korrekt, når FMI anfører, at "øvrige tilknyttede genstande skulle indleveres i henhold til kravspecifikationen". Det er anført, at tilbudsgiverne for hvert af de 4-10 brillesystemer, udover tasken, skulle indlevere "Shield type Spectable frame", "3 lenses (clear, dark and contrast with nosepieces, if applicable)", "cleaning cloth", "anti-fog reapplication (if applicable) og en "retaining strap".

FMI har gjort gældende, at det var klart beskrevet i udbudsmaterialet, hvad tilbudsgiverne skulle indlevere af testprodukter, og at FMI har foretaget en fyldestgørende vurdering af tilbuddet fra Grandt Defense i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

FMI har nærmere anført, at Grandt Defense ikke har påvist, at FMI skulle have handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i forbindelse med ændringen i udbudsmaterialet. FMI's besvarelse af

spørgsmål nr. 2 i ”Question and answer note no. 2 of 8th of October 2018 questions no. 1-5” beskriver klart og tydeligt en ændring til udbudsmaterialets oprindelige krav til det antal ”MOLLE”-kompatible brilletasker, som tilbudsgiverne potentielt skulle indlevere til testprodukter under kategori 1. FMI modtog ikke opfølgende spørgsmål på dette forhold, og både Grandt Defense og de øvrige tilbudsgivere indleverede i overensstemmelse med udbudsmaterialet og det afgivne svar det tilstrækkelige antal testprodukter, herunder tilbehør til de tilbudte brillesystemer under kategori 1.

Ad påstand 3 og 4

Grandt Defense har gjort gældende, at tildelingsbeslutning af 22. januar 2019 skal annulleres, og at tildelingen bør revurderes efter, at tilbuddet fra Grandt Defense tillige har været evalueret og testet i lighed med de øvrige tilbudsgiveres konditionsmæssige tilbud.

FMI har under henvisning til det, der er anført ad påstand 1 - 2, gjort gældende, at FMI ikke har overtrådt udbudsreglerne, og at der på denne baggrund ikke er grundlag for at annullere FMI's beslutning om at afvise tilbuddet fra Grandt Defense som ukonditionsmæssigt eller FMI's tildelingsbeslutning.

FMI har ad påstand 4 subsidiært gjort gældende, at Grandt Defense hverken har påvist eller sandsynliggjort udbudsretlige overtrædelser af en karakter, der efter en konkret væsentlighedsvurdering kan medføre en annulation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Udbudsmaterialet

Den udbudte rammeaftale omfatter fire kategorier af brillesystemer (hvert system bestående af én brille med tilbehør):

1. Et udvalg af Ballistic Spectacle Systems (der skulle tilbydes mindst 4 og højst 10 forskellige systemer)
2. Et Ballistic Goggle System

3. Et Tactical Parachute Eyewear System
4. Et Arctic Goggle System

Udbudsmaterialet indeholdt en særskilt kravspecifikation for hver af kategorierne 1 - 4.

Det var endvidere fastsat, at det tilbudte antal systemer i *kategori 1* ville blive tillagt vægt, idet der ville blive tildelt fra 1 point (for 4 tilbudte systemer) til 5 point (for 10 tilbudte systemer).

I forhold til *kategori 2 - 4* skulle tilbudsgiverne tilbyde 1 system pr. kategori (én brille med tilbehør pr. kategori).

Herudover kunne tilbudsgiverne tilbyde et frivilligt sortiment, jf. Instructions to Tenderers pkt. 2.

I udbudsbekendtgørelsen pkt. II.1.5, jf. Instructions to Tenderers pkt. 7.3, var fastsat, at tilbudsgiverne var forpligtede til at indlevere testeksemplarer af de tilbudte systemer i følgende omfang:

- A. 10 testeksemplarer vedrørende hver enkelt af de 4 - 10 tilbudte Ballistic Spectacle Systems
- B. 10 testeksemplarer af det tilbudte Ballistic Goggle System
- C. 10 testeksemplarer af det tilbudte Tactical Parachute Eyewear System
- D. 10 testeksemplarer af det tilbudte Arctic Goggle System

I Instructions to Tenderers pkt. 7.3 var fastsat, at testeksemplarerne ”must in *all aspects* conform with and be *identical* to Ballistic Eyewear offered to DALO”, dog med undtagelse af nogle krav vedrørende ”marking” og ”colour” (fremhævet her).

Særligt vedrørende *kategori 3* Tactical Parachute Eyewear System var i kravspecifikationen fastsat, at der skulle tilbydes et komplet system bestående bl.a. af enten ”one shield type” (én linse dækkende begge øjne) eller ”one wrap type” (to linser der hver dækker et øje) med en lavprofil brille, ekstra linse(r) (evt. med næsestykker) og en taske (”Modular Lightweight Load Carrying Equipment (MOLLE) compatible hard or soft carry case”). Tasken skulle kunne indeholde et komplet system og mindst

en yderligere linse. Systemet skulle nærmere indeholde to linser ”dark and clear” (mindstekrav) og en kontrastlinse (ikke mindstekrav).

Spørgsmål og svar nr. 2

Spørgsmålet og svaret angik efter indholdet og ordlyden, hvori der udtrykkeligt var henvist til ”category 1 - Ballistic Spectacle System”, alene denne kategori og ikke andre kategorier af systemer/briller.

Med svaret tillod FMI således, at tilbudsgiverne for så vidt angår de tilbudte systemer i kategori 1 kunne nøjes med at indlevere 10 MOLLE tasker, hvis tilbudsgiveren tilbød den samme MOLLE taske for alle de tilbudte systemer i denne kategori.

Endvidere fremgik det, at tilbudsgiverne for hvert tilbudt system i denne kategori skulle indlevere (”submit”) ”Shield type Spectacle frame”, ”3 lenses”, ”cleaning cloth”, ”anti-fog” reapplication”, ”retaining strap” og 10 ”prescription solution i.e. RX carrier”. Svaret må – også henset til de øvrige bestemmelser i udbudsmaterialet om teksteksemplarer – uden rimelig tvivl forstås således, at sidstnævnte materiel skulle være indeholdt i de indleverede teksteksemplarer for hvert af de 4 - 10 tilbudte kategori 1 systemer og i 10 eksemplarer for hvert system. Klagenævnet finder således ikke grundlag for at antage, at FMI med svaret – foruden ændringen vedrørende MOLLE tasker – også ændrede på kravene til antallet af testprodukter, tilbudsgiverne i øvrigt skulle indlevere for denne kategori eller andre kategorier.

Grandt Defense har efter det oplyste i overensstemmelse med udbudsmaterialet og det afgivne svar indleveret det herved foreskrevne antal testprodukter, herunder tilbehør, til de tilbudte brillesystemer i kategori 1. De øvrige tilbudsgivere har indleveret alle de testprodukter, der var efterspurgt i udbudsmaterialet.

Klagenævnet finder på denne baggrund ikke, at formuleringen af svaret var uklar.

Tilbuddet fra Grandt Defense og de indleverede teksteksemplarer

Grandt Defense tilbød seks *kategori 1* systemer og ét system for hver af de øvrige kategorier (*kategori 2, 3 og 4*), dvs. i alt 9 forskellige systemer. Et af

de tilbudte *kategori 1* systemer var ligesom det tilbudte *kategori 3* system af mærket Oakley.

Det lægges til grund, at Grandt Defense med sit tilbud indleverede 9 papkasser med testeksemplarer. Testeksemplarerne var ved indleveringen – af virksomheden selv – klart opdelt i de forskellige tilbudte systemer, idet hver kasse indeholdt 10 testeksemplarer af et tilbudt system. Efter oplysningerne i sagen, herunder de fremlagte fotos, den fremlagte evalueringsrapport pkt. 2 og indholdet af skriftvekslingen lægges det til grund, at den indleverede kasse med testeksemplarer vedrørende det tilbudte *kategori 3* Tactical Parachute Eyewear System med produktnavnet Oakley ”SI Ballistic HALO Goggle” ikke indeholdt MOLLE tasker og klare linser.

Dette ses heller ikke at være bestridt af Grandt Defense, og virksomheden har herved i klageskriftet s. 4 anført, at ”der dog til de to Oakley-brillesystemer alene var indleveret 10 klare brilleglas og 10 transporttasker (mens øvrigt tilbehør til Oakley systemerne dog var indleveret i 20 eksemplarer). Dette skete, idet Grandt har oplyst at have forstået på DALO’s svar nr. 2 ..., at dette ville være tilstrækkeligt.”

Grandt Defense har bl.a. anført, at virksomheden har leveret 10 sæt klare linser og 10 transporttasker, der passer til begge de to tilbudte Oakley systemer i henholdsvis kategori 1 og 3, og at virksomheden dermed har opfyldt de stillede krav til indlevering af testeksemplarer.

Den Oakley brille, som Grandt Defense tilbød som et af systemerne i kategori 1, har lighed med mere almindelige solbriller, mens den tilbudte faldskærmsbrille i kategori 3 er polstret, tætsiddende/tæt og har et kraftigere stel, således som det ses af de fremlagtes fotos (sagens bilag 11 og E). De fremlagte fotos viser endvidere udformningen af MOLLE tasken, som Grandt Defense indleverede som testprodukt sammen med de øvrige testprodukter i en kasse vedrørende det tilbudte kategori 1 Oakley system (betegnet M-Frame Alpha System).

FMI har vurderet, at taskerne, som Grandt Defense indleverede som testeksemplarer vedrørende det tilbudte Oakley system i kategori 1, ikke i relation til de tilbudte faldskærmsbriller i kategori 3 opfylder kravet om, at

tasken ”must be able to hold the complete Tactical Parachute Eyewear System”, jf. kravspecifikationen pkt. 1.2.

Klagenævnet finder efter oplysningerne om de to brilletypers udformning sammenholdt med det oplyste om taskens udformning ikke grundlag for at tilsidesætte denne vurdering.

På den anførte baggrund og da det efter udbudsmaterialet var et krav, at tilbudsgiverne indleverede 10 testeksemplarer af hver enkelt af de tilbudte systemer – hvilket alene var modificeret for så angår tasker til kategori 1 systemer – og da Grandt Defense ikke havde indleveret det krævede antal testeksemplarer med tilhørende dele (MOLLE tasker og klare linser) som vedrørende det tilbudte kategori 3 system, var virksomhedens tilbud ukonditionsmæssigt.

FMI var i den foreliggende situation hverken berettiget eller forpligtet til at rette henvendelse til Grandt Defense med henblik på at ”afklare” forholdet. Det påhvilede derimod FMI i medfør af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed strengt at overholde de krav, FMI selv havde fastsat, jf. bl.a. C-336/12, Manova, præmis 40.

Det var på den anførte baggrund ikke muligt for FMI at lade Oakley brillesystemet, der var tilbudt i kategori 1, udgå som ukonditionsmæssigt, selvom der herefter fortsat ville være tilbudt et tilstrækkeligt antal brillesystemer i kategori 1, med henblik på at henvføre de indleverede MOLLE tasker og klare linser til det tilbudte kategori 3 system. FMI havde således i den foreliggende situation efter de udbudsretlige regler ikke mulighed for at anse en del af tilbuddet for konditionsmæssig, mens en anden del af tilbuddet blev forkastet som ukonditionsmæssig.

Det forhold, at bl.a. MOLLE tasken ikke var omfattet af de reservedele, som tilbudsgiverne i henhold til tilbudslisten var forpligtede til at afgive priser på, kan, ligesom det Grandt Defense i øvrigt har anført, ikke føre til et andet resultat. Det samme gælder det forhold, at Grandt Defense i sit tilbud havde anført, at linser til det tilbudte kategori 1 system af mærket Oakley kunne anvendes det tilbudte kategori 3 system af samme mærke.

Grandt Defense har i øvrigt i relation til påstand 2 gjort gældende, at FMI ikke har foretaget en fyldestgørende vurdering af virksomhedens tilbud på

lige fod med de øvrige tilbudsgiveres tilbud. Grandt Defense har bl.a. anført, at virksomhedens tilbud ville have fået en bedre score, hvis soldater og ikke sagsbehandlere havde vurderet tilbuddet.

Klagenævnet sætter ikke sit eget skøn i stedet for det skøn, FMI har udøvet, og har i øvrigt ikke fundet grundlag for at tilsidesætte det udøvede skøn.

Påstand 1 og 2 tages herefter ikke til følge.

Påstand 3 og 4

Under henvisning til det, der er anført ovenfor, tages disse påstande heller ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Grandt Defense 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.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig