

K E N D E L S E

Hydrema Danmark A/S
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Niels Karl Heilskov Rytter og advokat Sofie Dreyer Mikkelsen, København)

Intervenient:
United Military Services A/S
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 107-260801 af 4. juni 2019, offentliggjort den 5. juni 2019, udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om levering af ”Tjenesteydelser, Reservedele og Tilbehør til entreprenørmaskiner, entreprenørmateriel og traktorer”. Tildelingskriteriet var ”Pris”. Rammeaftalens varighed var 48 måneder, og værdien var skønnet til 12 mio. kr.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 5. juli 2019 havde Hydrema Danmark A/S (herefter Hydrema Danmark) og United Military Services A/S (herefter UMS) afgivet tilbud. Den 3. september 2019 besluttede FMI at indgå kontrakt med UMS.

FMI oplyste, at standstill-perioden udløb den 13. september 2019, og at kontrakten derfor ikke ville blive underskrevet før tidligst mandag den 16. september 2019. Den 13. september 2019 forlængede FMI standstill-perioden til den 23. september 2019. Den 23. september 2019 indgav Hydrema Danmark klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Hydrema Danmark fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 23. oktober 2019 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

Hydrema Danmark har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at udelukke UMS fra udbuddet, selv om UMS var i besiddelse af en utilbørlig konkurrencefordel.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke i fornødent omfang at udligne den konkurrencefordel, som UMS havde opnået som følge af FMI's oplysning til UMS om de delpriser, som Hydrema Danmark havde tilbudt under det umiddelbart forudgående udbud, som blev aflyst.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere FMI's beslutning af 3. september 2019 om at tildele den udbudte kontrakt til UMS.

Hydrema Danmark har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har den 25. september 2019 meddelt UMS, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

UMS har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen, og klagenævnet har

den 9. oktober 2019 meddelt tilladelse til, at UMS intervenserer i sagen til støtte for FMI.

Sagens nærmere omstændigheder

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 232-483880 af 30. november 2017 udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om levering af tjenesteydelser, reservedele og tilbehør til entreprenørmaskiner og traktorer (udbud 1). Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med tildelingskriteriet ”Pris”. Rammeaftalens varighed var 48 måneder, og værdien var skønnet til 3 mio. kr.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud havde FMI modtaget tilbud fra Hydrema Export A/S, Nicolajsen & Larsen A/S og UMS. Den 31. januar 2018 besluttede FMI at indgå kontrakt med Hydrema Export A/S, og kontrakt blev herefter indgået efter udløbet af standstill-perioden.

UMS anmodede den 1. februar 2018 om aktindsigt i Hydrema Export A/S’ tilbud, og FMI anmodede i den forbindelse om Hydrema Export A/S’ bemærkninger. I sin udtalelse anmodede Hydrema Export A/S om, at alle enhedspriser i tilbuddet blev undtaget fra aktindsigt.

Den 27. marts 2018 indgav UMS klage til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at Hydrema Export A/S’ tilbud var ukonditionsmæssigt, idet Hydrema Export A/S ikke havde prissat alle varelinjer på tilbudslisten. Hydrema Export A/S anmodede samme dag om aktindsigt i de dokumenter, der var blevet udleveret til UMS i forbindelse med UMS’ aktindsigtsanmodning i Hydrema Export A/S’ tilbudsliste. Den 28. marts 2019 gav FMI Hydrema Export A/S fuld aktindsigt i de oplysninger, som UMS havde modtaget.

Hydrema Danmark har oplyst, at Hydrema Export A/S ved en gennemgang af det materiale, som FMI havde meddelt UMS aktindsigt i, kunne konstatere, at en række enhedspriser var umiddelbart tilgængelige/synlige for UMS, selv om de var streget over. Af tilbudslisten kunne priserne på siderne 4, 5, 14 og 16 til trods for overstregningen stadigvæk umiddelbart læses.

Enhedspriserne på side 4 omhandlede Hydrema Export A/S’ timepriser,

mens priserne på side 5 var relateret til priskategorien ”reservedele til entreprenørmaskiner”. Enhedspriserne på side 14 var relateret til priskategorien ”traktorer”, og på side 16 var enhedspriserne relateret til priskategorien ”Tilbehør”. Hydrema Danmark har oplyst, at UMS derved fik kendskab til enhedspriserne inden for alle de fire priskategorier (timepriser, reservedele til entreprenørmaskiner, reservedele til traktorer og tilbehør), der udgjorde den samlede pris.

Via Dansk Industri (DI) og i kraft af Hydrema Export A/S’ medlemskab heraf skrev DI den 24. april 2019 til FMI med baggrund i sagsforløbet og opfordrede FMI til bl.a. at redegøre for, hvordan FMI ville sikre, at det kendskab, der nu var kommet i markedet til Hydrema Export A/S’ prisstruktur, ikke kunne komme Hydrema Export A/S til skade ved fremtidige udbud. FMI erkendte og beklagede, at en række af enhedspriserne ved en fejl var blevet videregivet af FMI.

Den 4. maj 2018 opsagde FMI rammeaftalen med Hydrema Export A/S med 6 måneders varsel, fordi FMI vurderede, at Hydrema Export A/S’ tilbud havde været ukonditionsmæssigt.

Hydrema Danmark har oplyst, at FMI før genudbuddet gennemførte en markedsundersøgelse. Formålet med markedsundersøgelsen var at finde frem til, hvordan udbuddet kunne skabe grundlag for modtagelse af det bedst mulige tilbud, og hvordan den bedst mulige kontrakt kunne sammensættes for FMI. FMI sendte i den forbindelse et udkast af en historisk reservedelsliste i høring og anmodede potentielle tilbudsgivere om at tilkendegive, hvilke af reservedelene de havde mulighed for at levere, idet FMI ved udbud 1 havde erfaret, at en række af de udbudte reservedele ikke længere kunne leveres. Ud over høringen over den historiske reservedelsliste bestod markedsundersøgelsen også af en række spørgsmål i forhold til virksomhedernes størrelse, omsætning, soliditetsgrad, leveringstid etc.

Genudbuddet blev iværksat ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort den 5. juni 2019, jf. ovenfor. Den udbudte rammeaftale havde nu betegnelsen: ”Levering af Tjenesteydelser, Reservedele og Tilbehør til entreprenørmaskiner, entreprenørmateriel og traktorer” (udbud 2).

Af underretningen af 3. september 2019 om tildelingsbeslutningen fremgår, at Hydrema Danmark afgav et tilbud med en pris på 6.291.016,28 kr., mens UMS tilbød en pris på 5.567.196 kr.

Hydrema Danmarks oplysninger om selskaberne Hydrema Export A/S og Hydrema Danmark

Hydrema Danmark har oplyst, at det var selskabet Hydrema Export A/S, der blev angivet som den formelle tilbudsgiver ved udbud 1, mens det var selskabet Hydrema Danmark, der blev angivet som den formelle tilbudsgiver ved udbud 2. Hydrema Export A/S støttede imidlertid sit tilbud under udbud 1 på Hydrema Danmarks tekniske og faglige formåen, og Hydrema Danmark har anført, at selskabet derfor også var formelt og reelt direkte part og deltager som tilbudsgiver ved afgivelsen af tilbud under udbud 1.

Der er tale om to søsterselskaber, der begge er ligeværdige, sideordnede datterselskaber af Hydrema Holding ApS. Begge selskaber har samme registrerede og reelle personkreds i både bestyrelse og direktion, ligesom de begge er beliggende på samme adresse. Der er således ud over navnet på selskaberne og et forskelligt CVR-nummer ingen reel forskel på de to selskaber.

Hydrema Export A/S blev valgt til at afgive tilbud ved udbud 1, da Hydrema Export A/S er det selskab, som sædvanligvis har været brugt af Hydrema-koncernen til at afgive tilbud og indgå kontrakter med FMI om levering af forsvarsrelaterede varer og tjenesteydelser i både ind- og udland. Hydrema Danmarks aktiviteter vedrører normalt salg og service af alle FMI's civile produkter, og da ydelserne i både udbud 1 og 2 angik forsvarrets civile entreprenørmaskiner, forekom det mest hensigtsmæssigt, at det var Hydrema Danmark, der afgav tilbud ved udbud 2. Som støttende virksomhed for teknisk og faglig kapacitet og en del af tilbudsgiverteamet under udbud 1 og som direkte tilbudsgiver under udbud 2 har Hydrema Danmark forestået prissætning og udarbejdelse af tilbuddene på både udbud 1 og udbud 2.

FMI har under klagesagen fremlagt en udskrift af selskabernes registreringer i Erhvervsstyrelsen. Det fremgår heraf, at Hydrema Danmarks formål er "salg og markedsføring af entreprenørmaskiner", mens Hydrema Export A/S' formål er "at drive eksport af entreprenørmaskiner, samt anden dermed efter bestyrelsens skøn beslægtet virksomhed".

Prislistens opbygning og indhold i de to udbud

Udbud 1

Af prislisten fremgår, at følgende overordnede ydelseskategorier (under hvert sit faneblad) og dertilhørende ”enheder” indgik i udbud 1:

- ”Tjenesteydelser”: 3 enheder (”Service”, ”Reparationer” og ”Hentebringe ordning”)
- ”Reservedele til entreprenør”: 304 enheder (id. nr. 1 – 304)
- ”Reservedele til traktorer”: 47 enheder (id. nr. 1 – 47)
- ”Tilbehør”: 54 enheder (id-numre er ikke angivet)

Prislisten for udbud 1 bestod således af i alt tre tjenesteydelser og 405 øvrige enheder.

Udbud 2

Af prislisten fremgår, at følgende overordnede ydelseskategorier (under hvert sit faneblad) og dertilhørende ”enheder” indgik i udbud 2:

- ”Tjenesteydelser”: 3 enheder (”Service”, ”Reparationer” og ”Hentebringe ordning”)
- ”Rendegraver Hydrema”: 265 enheder (id. nr. 1 – 265)
- ”Bæltegraver”: 63 enheder (id. nr. 266 – 328)
- ”Bulldozer”: 35 enheder (id. nr. 329 – 363)
- ”Jordhøvl”: 39 enheder (id. nr. 364 – 402)
- ”Weidemann”: 49 enheder (id. nr. 403 – 451)
- ”Traktorer og diverse”: 56 enheder (id. nr. 452 – 507)
- ”Rendegraver JCB”: 64 enheder (id. nr. 508 – 571)
- ”Volvo”: 96 enheder (id nr. 572 – 667)
- ”Tilbehør”: 51 enheder (id. nr. 668 – 718)

Prislisten for udbud 2 bestod således af i alt tre tjenesteydelser og 718 øvrige enheder.

FMI har oplyst, at kun 165 enheder (foruden de tre tjenesteydelser) gik igen fra udbud 1 til udbud 2, hvilket svarer til ca. 23 % af det samlede antal enheder i udbud 2. Der blev således tilføjet 553 nye enheder til prislisten i udbud 2 (718 – 165). De 165 enheder (foruden de tre tjenesteydelser), der gik igen

i udbud 2, vedrører alle ydelseskategorierne "Reserve dele til entreprenør" fra udbud 1. Der var ingen af enhederne fra ydelseskategorierne "Reserve dele til traktorer" og "Tilbehør" fra udbud 1, der gik igen i udbud 2.

I forhold til priskategorien "tjenesteydelser" udgjorde den eneste forskel i opbygningen mellem de to udbud, at FMI havde øget antallet af timer, som tilbudsgiverne skulle fastsætte deres timepriser ud fra. Antallet af timer for "Service" steg fra 100 til 2.000 timer, for "Reparationer" fra 75 til 2.000 timer og for "Hente-bringe ordning" fra 3 til 12 timer. FMI har oplyst, at det opjusterede timeantal for udbud 2 afspejlede det forventede træk på rammeaftalen. I udbud 1 var de evaluerings tekniske timeantal for kategorierne "Service" og "Reparationer" ved en fejl sat for lavt af FMI. Ændringen i det evaluerings tekniske timeantal for så vidt angår kategorien "Hente-bringe ordning" var et udslag af forøgelsen af rammeaftalens anslåede værdi fra 3 til 12 mio. kr. fra udbud 1 til udbud 2.

Hydrema Danmark har anført, at FMI formelt tilføjede 553 nye enheder til prislisten i udbud 2, men at en lang række af disse vareenheder reelt havde en meget lav værdi og vægt for det samlede indkøb og dermed reelt udgjorde et væsentlig mindre omfang, end antallet af varelinjer indikerede. Varelinjerne for udbud 1 og 2 var derfor i den reelle vægt og omfang sammenlignelige i al væsentlighed.

Dette har FMI bestridt, og styrelsen har fremlagt en oversigt, der viser de 553 enheder og disse enheders evaluerings tekniske pris med udgangspunkt i Hydrema Danmark tilbudte pris under udbud 2. Det er herefter FMI's konklusion, at de 553 nye enheder både antalsmæssig og volumenmæssig udgjorde en betydelig andel af den samlede udbudte genstand.

Hvilke priser fra Hydrema Export A/S' prisliste i udbud 1 fik UMS indsigt i?

FMI har erkendt, at UMS i forbindelse med sin aktindsigtsanmodning ved en fejl fik indsigt i en række enhedspriser fra Hydrema Export A/S' prisliste fra udbud 1. Det er dog FMI's opfattelse, at det ikke som hævdet af Hydrema Danmark var muligt at læse alle enhedspriserne på prislistens side 4, 5, 14 og 16. FMI har således anført følgende:

”...

- For så vidt angår timepriserne for tjenesteydelser angivet på side 4, er

det FMI's opfattelse, at det ikke er muligt med sikkerhed at udlede priserne; i hvert fald ikke priserne for "Service" og "Hente-bringe ordning".

- For så vidt angår priserne for "Reservedele til entreprenør" angivet på side 5 og priserne for "Reservedele til traktorer" angivet på side 14 anerkender FMI, at enkelte priser kan anes, men det er FMI's opfattelse, at hovedparten af priserne ikke kan udledes med sikkerhed.
 - For så vidt angår priserne for "Tilbehør" angivet på side 16 er det efter FMI's opfattelse utvivlsomt, at disse ikke kan ses.
- ..."

FMI har udarbejdet en oversigt over de enheder fra udbud 1, der går igen i udbud 2, og som omfatter de tre tjenesteydelser og de 165 øvrige enheder. På oversigten er de enheder, der fremgår af side 4, 5, 14 og 16 i prislisen under udbud 1 fremhævet. Der er ifølge FMI tale om følgende enheder:

- på side 4: De tre tjenesteydelser
- på side 5: 15 enheder vedrørende "Reservedele til entreprenør"
- på side 14 og 16: Ingen enheder

Der er således ifølge FMI tale om, at 18 af de priser, som Hydrema Danmark hævder, at UMS fik indsigt i, gik igen i udbud 2. FMI har dertil anført, at prisen for de 18 enheder efter styrelsens opfattelse kun med sikkerhed kan udledes for fire af disse enheder.

Hydrema Danmark har oplyst, at "timepriser" ved udbud 1 kun udgjorde ca. 4 % af den samlede pris, mens det ved udbud 2 udgjorde ca. 33 % af den samlede pris. I forhold til priskategorien "tilbehør" var der mellem udbud 1 og 2 foretaget en ændring af de produkter, som skulle prissættes, så der kun var et mindre antal reservedele tilbage af de reservedele, som UMS havde fået direkte kendskab til prisen på. De reservedele, som FMI havde tilføjet under udbud 2, var reservedele primært til brug i maskinel fra JCB og Hydrema. Ved udbud 1 udgjorde tilbehør ca. 66 % af den samlede pris, mens det ved udbud 2 udgjorde ca. 19 %.

Hydrema Danmark har videre oplyst, at priskategorien "reservedele til entreprenørmateriel" under udbud 2 var blevet lagt sammen med priskategorien "reservedele til traktorer", der udgjorde en selvstændig priskategori under udbud 1. Ved udbud 1 udgjorde "reservedele til entreprenørmateriel" og "reservedele til traktorer" ca. 30 % af den samlede pris, mens de for udbud 2

udgjorde ca. 50 % af den samlede pris. Priskategorien ”reservedele til entreprenørmateriel” under udbud 1 var sammensat af en samlet liste med angivelse af alle reservedele uafhængigt af, hvilken type maskine de skulle indgå i, men der var under udbud 2 sket en opdeling af reservedelene efter, hvilken type og mærke entreprenørmaskine de skulle indgå i. FMI havde således henført reservedelene til kategorierne ”rendegraver Hydrema”, ”Bæltegraver (Hydrema)”, ”Bulldozer (Caterpillar)”, ”Weidemann, traktorer” og diverse til rendegraver JCB og Volvo.

Endelig har Hydrema Danmark oplyst, at de enhedspriser, som UMS havde fået uberettiget indsigt i, og som knyttede sig til priskategorien ”reservedele til entreprenørmateriel”, kunne henføres til producenterne Hydrema, JCB, Weidemann og Caterpillar. Ud af den samlede pris i priskategorien ”reservedele til entreprenørmateriel” udgjorde ”rendegraver Hydrema”, ”bæltegraver Hydrema” og ”rendegraver JCB” ca. 50 % af den samlede pris. Dermed udgjorde kategorierne rendegraver Hydrema, bæltegraver Hydrema og rendegraver JCB ca. 25 % af den samlede pris.

Priserne i Hydrema Export A/S' tilbud i udbud 1 og priserne i Hydrema Danmarks tilbud i udbud 2

For så vidt angår de 168 enheder, der gik igen i udbud 2, har FMI sammenlignet de tilbudte priser i de to tilbud. Hydrema Danmark tilbød en højere pris for 44 af de 168 enheder i forhold til tilbuddet fra Hydrema Export A/S og en lavere pris for 83 enheder. Ved 41 enheder tilbød Hydrema Danmark og Hydrema Export A/S den samme pris.

Vedrørende tjenesteydelserne ”Service” og ”Reparationer” var Hydrema Danmarks priser lavere end priserne fra Hydrema Export A/S, mens prisen for ”Hente-bringe ordning” var ens. Vedrørende priserne for ”Reservedele til entreprenør” (15 enheder) var Hydrema Danmarks priser for ni enheder højere i forhold til Hydrema Export A/S' tilbudte priser i udbud 1, og for fem enheder var Hydrema Danmarks priser lavere. I et tilfælde var prisen den samme i de to udbud.

Indhentning af priser på reservedele

Hydrema Danmark har oplyst, at virksomheden indhentede tilbud på de reservedele, der indgik i udbud 1 og 2 fra bl.a. Nicolaisen & Larsen A/S, Volvo

Entreprenørmaskiner A/S mv. Reservedelene til Hydrema-maskiner havde Hydrema Danmark selv internt. De øvrige indhentede priser fra eneforhandlerne af de pågældende mærker blev indhentet af Hydrema Danmark for at kunne prissætte alle de øvrige reservedele, som FMI efterspurgte.

Hydrema Danmark har desuden oplyst, at UMS ikke er eneforhandler af nogen af de mærker, som FMI havde udbudt med henblik på levering af reservedele til, og UMS skulle derfor indhente tilbud fra eneforhandlere af alle reservedele til de forskellige mærker. UMS har således også konkret henvendt sig til Hydrema Danmark og indhentet priser på levering af reservedelene til Hydremas maskiner – både forud for udbud 1 og udbud 2.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Hydrema Danmark har gjort gældende, at FMI ved at videregive Hydrema Danmarks enhedspriser til UMS har givet UMS en utilbørlig konkurrencefordel i forbindelse med udbud 2. Denne konkurrencefordel skulle i henhold til udbudslovens § 136 udlignes, for at UMS kunne deltage under udbud 2.

Der var reelt identitet mellem tilbudsgiverne i udbud 1 og 2, idet Hydrema Export A/S under udbud 1 støttede sig på Hydrema Danmarks tekniske og faglige formåen for at opfylde mindstekravet til leverancer og tjenesteydelser inden for de sidste 3 år. Hydrema Danmark var dermed også direkte og umiddelbart involveret som tilbudsgiver i forbindelse med tilbudsafgivelsen ved udbud 1. Det har derfor været uden betydning for FMI's forpligtelse til at udligne den konkurrencefordel, som UMS opnåede, at der ved udbud 1 og 2 formelt blev afgivet tilbud med to forskellige selskaber inden for samme koncern, idet der reelt var tale om samme tilbudsgiver ved de to udbudsprocesser.

Som følge af UMS' uberettigede indsigt i Hydrema Danmarks delpriser er der en formodning for, at UMS har opnået indsigt i og kendskab til Hydrema Danmarks prissætning. FMI har ikke afkræftet denne formodning, ligesom FMI ikke tilstrækkeligt ved tilrettelæggelsen af sit udbud 2 har imødegået den konkurrencefordel, som UMS opnåede. Det tidsmæssige perspektiv i forhold til, at der gik halvandet år mellem udbuddene, er uden betydning. Beskyttelseshensynet til at undtage delpriser fra aktindsigt forældes ikke og slet ikke over en periode på kun halvandet år. Prisudviklingen på det udbudte

område har hverken konkret eller generelt et forløb, som vil indebære, at en indsigt i delpriserne udlignes automatisk efter halvandet år.

Hvis FMI ikke kunne eller ikke har udlignet denne konkurrencefordel, var FMI forpligtet til at forkaste tilbuddet fra UMS, jf. udbudslovens § 136. Det følger af praksis, at i en situation som den foreliggende, hvor en ordregiver fejlagtigt har givet en anden tilbudsgiver indsigt i en tilbudsgivers enhedspri- ser, der efter fast praksis ellers ikke gives indsigt i, påhviler der ordregiveren en skærpet forpligtelse til at sikre, at der ved genudbud af samme ydelse sker en udligning af den uberettigede konkurrencefordel, som en anden tilbudsgiver har fået i kraft af ordregiverens fejl. Det har FMI ikke sikret ved udbud 2. FMI har ikke mellem udbud 1 og 2 foretaget væsentlige ændringer i udbudsgrundlaget. FMI fastholdt således, at tildelingskriteriet ved både udbud 1 og 2 udelukkende var "Pris".

Ud over det udbudsretlige ligebehandlingsprincip følger det således også eksplicit af udbudslovens §§ 4 og 136, at en ordregiver er forpligtet til at sikre, at der ikke sker en konkurrencefordrejning, og at ordregiveren er forpligtet til at udelukke tilbudsgiveren fra udbudsproceduren, hvis konkurrencefordrejningen ikke kan afhjælpes.

Både UMS og Hydrema Danmark har indhentet tilbud fra de samme forhandlere af de reservedele, der indgik i udbud 1 og udbud 2, herunder bl.a. JCB, CAT og Weidemann. UMS har gennem sin utilbørlige indsigt i Hydrema Danmarks tilbud kunnet se sammenhængen mellem de indhentede tilbudspriser og de priser, som Hydrema Danmark har tilbudt FMI på de øvrige reservedele i udbuddet (ud over Hydrema Danmarks egen produktlinje). Den reelle konkurrencefordel, som UMS har opnået gennem den utilbørlige aktindsigt, vedrører den opnåede indsigt i den bagvedliggende kalkulation og beregningsstruktur. UMS har som underleverandør i markedet fuldt kendskab til priserne fra Hydrema Danmark og de øvrige leverandører af produkterne på FMI's udbud, og UMS har med den utilbørlige indsigt i Hydrema Danmarks delpriser og timepriser kunnet gennemskue og opnå fuld indsigt i beregningsstrukturerne for samtlige delpriser i de berørte og øvrige delpriser. Det eksakte omfang af produkter og gengangere i udbud 1 og 2 er således af uvæsentlig betydning, da UMS har fået kendskab til hele beregningsstrukturen.

FMI's opgjorte sammenstillinger over Hydrema Danmarks prissætning ved

udbud 1 og udbud 2 er irrelevante, idet UMS har været bekendt med Hydrema Danmarks prisstruktur. Det er derfor underordnet, at Hydrema Danmarks prissætning ved udbud 1 og 2 ikke var fuldstændig identisk, fordi Hydrema Danmark anvendte en fast prisstruktur, som UMS havde kendskab til. Dette gør sig særligt gældende for reservedelene fra Hydrema Danmark, da UMS indhentede tilbud på Hydrema-reservedele ved både udbud 1 og udbud 2. UMS kunne således se forskellen i prissætningen i tilbuddene til henholdsvis FMI og UMS for Hydrema-reservedelene, og UMS kunne dermed ved udbud 2 på baggrund af det indhentede tilbud på Hydrema-reservedele bruge dette til at estimere Hydrema Danmarks tilbudspriser til FMI ved udbud 2. Derudover opnåede UMS ved indsigten i delpriserne også indsigt i, hvordan Hydrema Danmark prissatte reservedele til JCB-maskiner, Weidemann-maskiner, MOXY-maskiner og Liebherr-maskiner, der under udbud 2 sammen med reservedelene til Hydrema-maskinerne udgjorde ca. 30 % af den samlede evalueringstekniske pris.

UMS' konkurrencefordel kunne effektivt have været imødegået af FMI ved at ændre tildelingskriteriet til bedste forhold mellem pris og kvalitet. FMI kunne på den måde have imødegået og begrænset UMS' konkurrencefordel ved, at der i evalueringen kunne have indgået kvalitative elementer. Dette har FMI imidlertid forsømt og derved tilsidesat sin forpligtelse til i behørigt omfang at tage højde for og imødegå UMS' opnåede utilbørlige konkurrencefordel.

Særligt kendskabet til Hydrema Danmarks timepriser var af stor betydning for den konkurrencefordel, som UMS opnåede, da det udgjorde en væsentlig del af den samlede evalueringstekniske pris ved udbud 2. Det er uden betydning, at antallet af timer, som tilbudsgivernes timepris skulle fastsættes ud fra, blev øget ved udbud 2. UMS kendte Hydrema Danmarks timepriser ved udbud 1, og enhver fornuftig tilbudsgiver vil således ved et øget antal af timer reducere sin timepris. Samtidig er der en naturlig nedre grænse for den timepris, som en tilbudsgiver kan tilbyde. UMS fik derfor en betydelig konkurrencefordel ved at få indsigt i Hydrema Danmarks timepriser. Når UMS i modsætning til et sådant forløb hævdede sine priser, som det nu er oplyst, er dette dokumentation for, at UMS har fundet grundlag herfor i sin viden fra den opnåede uberettigede indsigt i Hydrema Danmarks timepriser og prissætning af arbejderne i øvrigt fra udbud 1. UMS har således på baggrund af sin viden og kendskab til Hydrema Danmarks prissætning kunnet beregne sit

råderum for at hæve timepriserne, som udgjorde en væsentlig del af den samlede evalueringstekniske pris ved udbud 2.

FMI har gjort gældende, at UMS ikke har haft en konkurrencefordel ved udbud 2 som følge af den opnåede indsigt i visse af Hydrema Export A/S' enhedspriser.

UMS fik ikke indsigt i Hydrema Danmarks priser i udbud 1, men derimod i Hydrema Export A/S' priser. Selv om de to selskaber tilhører samme koncern, er der tale om to forskellige juridiske enheder med to forskellige formål. Det må påhvile Hydrema Danmark at bevise, at indsigt i (et særdeles begrænset antal) enhedspriser fra det ene selskabs tilbud afgivet primo 2018 skulle give UMS reel formodning om det andet selskabs prissætning i et tilbud afgivet medio 2019 – altså ca. halvandet år senere. Denne bevisbyrde har Hydrema Danmark ikke løftet. Det kan derimod konstateres, at der generelt ikke var nogen "rød tråd" mellem de priser, som Hydrema Export A/S og Hydrema Danmark tilbød i de to udbud for de 168 enheder, der gik igen, idet priserne i væsentligt omfang afveg i både opad- og nedadgående retning. Det er udokumenteret, at UMS' indsigt i udvalgte priser i udbud 1 skulle have givet UMS indsigt i alle Hydrema Danmarks øvrige priser.

Det er FMI's opfattelse, at alene tre enhedspriser med sikkerhed kan udledes af den prisliste, som UMS fik aktindsigt i. Det er urealistisk, at UMS på baggrund af en sådan minimal indsigt i Hydrema Export A/S' priser skulle kunne sige noget kvalificeret om Hydrema Export A/S' prissætning generelt, og dette må så meget desto mere gøre sig gældende i relation til Hydrema Danmarks generelle prissætning. Selv hvis klagenævnet måtte lægge til grund, at det var muligt at se flere priser end tre, ændrer det ikke herpå.

Det er ikke rigtigt, at det tidsmæssige perspektiv er uden betydning. Det må således have formodningen imod sig, at UMS på baggrund af et kendskab til prisen for tre – eller i hvert fald et meget begrænset antal – enheder tilbudt til FMI under udbud 1 opnåede en reel og udbudsretligt set utilbørlig indsigt i Hydrema Danmarks prissætning halvandet år senere under udbud 2.

FMI er ikke enig med Hydrema Danmark i, at UMS kunne have en formodning om de priser, som Hydrema Danmark tilbød for enheder til JCB-maskiner, Weidermann-maskiner, MOXY-maskiner og Liebherr-maskiner. Denne

betragtning er ikke underbygget eller i øvrigt dokumenteret af Hydrema Danmark. Det er heller ikke muligt ud fra de priser, som UMS tilbød på udbud 1 og 2, at identificere et mønster, der antyder, at UMS' bud på udbud 2 skulle have været påvirket af et kendskab til Hydrema Danmark eller Hydrema Export A/S' prisstruktur i øvrigt.

Selv hvis der måtte statuere "identifikation" mellem Hydrema Export A/S og Hydrema Danmark, må det antages, at UMS' kendskab til Hydrema Export A/S' samlede evalueringstekniske pris i udbud 1 udgjorde en langt stærkere konkurrencemæssig viden end den indsigt i udvalgte enhedspriser, som UMS havde opnået. Den samlede evalueringstekniske pris gav således UMS et overordnet indblik i, hvor "skarp" UMS' prissætning generelt var i forhold til Hydrema Danmark. Det ligger fast, at viden om andre tilbudsgiveres samlede evalueringstekniske priser i ét udbud ikke indebærer en utilbørlig konkurrencemæssig fordel i andre udbud i udbudsretlig forstand, heller ikke selv om de to udbud måtte være identiske. Klagenævnet bør have dette for øje, når det vurderer, hvor tærsklen for utilbørlige fordele ligger i relation til indsigt i prissætning. Med andre ord er det et grundvilkår for tilbudsgiveres deltagelse i udbud, at andre aktører herved kan opnå et vist indblik i deres prissætning.

Efter tilladelse fra UMS kan FMI i øvrigt oplyse, at UMS for udbud 2 hævdede de tilbudte timepriser for alle tre kategorier af tjenesteydelser i forhold til de tilbudte timepriser for udbud 1. Dette understøtter, at Hydrema Danmarks tese om, hvordan UMS drog fordel af sin hævdede viden om Hydrema Danmarks priser, også på dette punkt er uholdbar.

Ad påstand 2

Hydrema Danmark har gjort gældende, at de enhedspriser, som UMS fik indsigt i, omfattede Hydrema Danmarks timepriser og enhedspriser på over 100 forskellige reservedele til forskellige typer af entreprenørmaskiner og traktorer. FMI foretog ikke behørigte ændringer i udbudsmaterialet og tildelingsgrundlaget, som kunne imødegå den utilbørlige konkurrencefordel, som FMI havde givet UMS. Ved de to udbud var der stort set sammenfald mellem tilbudslisterne og mellem evalueringsgrundlaget i forhold til tildeling af kontrakten. FMI ændrede ganske vist på opbygningen af tilbudslisten ved at inddele de forskellige reservedele i de forskellige typer entreprenørmaskiner, men da UMS havde fået indsigt i enhedspriser knyttet til i hvert fald fire af

disse kategorier (reservedele til både Hydrema rendegravere, JCB rendegravere, Hydrema bæltegravere og Weidemann minilæssere), havde UMS ud over kendskabet til enhedspriserne også mulighed for at gennemskue Hydrema Danmarks anvendte prisstruktur og beregningsgrundlaget for alle øvrige priser.

Det kan konstateres, at FMI i realiteten forstærkede den konkurrencefordel, som styrelsen havde givet UMS ved den uberettigede indsigt i Hydrema Danmarks enhedspriser. Da FMI i forhold til den samlede pris under udbud 2 lod kategorien "reservedele til entreprenørmateriel" udgøre ca. 50 % af den samlede pris, øgede FMI kategoriens andel af den samlede pris betragteligt i forhold til udbud 1, hvor kategorien kun talte 30 %. FMI forstærkede også UMS' konkurrencefordel ved priskategorien "tjenesteydelser timepris". UMS var således bekendt med alle Hydrema Danmarks tilbudte timepriser, men FMI ændrede ikke på beregningen af prisen for "tjenesteydelser timepris" bortset fra at øge antallet af timer. Ved denne forøgelse har UMS' kendskab til Hydrema Danmarks timepriser fået endnu større vægt og betydning, og dermed er UMS' utilbørlige konkurrencefordel blot blevet forstærket under udbud 2.

Den omstændighed, at hele markedet er underlagt en struktur af eneforhandlere af de forskellige mærker, bevirkede, at FMI ikke kunne udligne UMS' utilbørlige konkurrencefordel ved blot at tilføje nye enheder på varelisten, da UMS gennem sin aktindsigt havde fået kendskab til selve Hydrema Danmarks kalkulationsgrundlag og prisstruktur for afgivelsen af tilbud på de ydelser, som tilbudsgiverne skulle prissætte i udbud 2. Ved ikke at have ændret grundlæggende i udbuddets struktur eller beregningen af den evalueringstekniske pris, har FMI ikke i tilstrækkeligt omfang udlignet konkurrencefordelen, som UMS opnåede.

Det er uden betydning for FMI's skærpede forpligtelse til at foretage konkurrenceudligning, at Hydrema Danmark ikke under udbudsprocessen problematiserede FMI's måde at tilrettelægge udbuddet på.

FMI har gjort gældende, at selv hvis UMS skulle have haft en fordel ved at have fået indsigt i visse af Hydrema Export A/S' enhedspriser, er denne blevet udlignet ved FMI's tilrettelæggelse af udbud 2. FMI foretog i udbud 2 væsentlige ændringer i den prisliste, der dannede grundlag for beregningen af den evalueringstekniske pris, i forhold til udbud 1. Kun 168 enheder fra udbud 1 gik igen i udbud 2 samtidig med, at FMI tilføjede 553 nye enheder

til prislisterne i udbud 2. Det var desuden kun en begrænset del af de priser, som Hydrema Export A/S afgav i udbud 1, UMS fik indsigt i. Langt hovedparten af priserne i den udleverede prisliste var således ikke synbare, og hvad angår priserne på side 4, 5, 14 og 16 kunne kun en mindre del af disse priser med sikkerhed udledes. Selv hvis man lagde til grund, at samtlige priser på de fire sider kunne ses, var det kun 18 af enhederne fra disse sider, der gik igen i udbud 2.

Hydrema Danmark har på intet tidspunkt i løbet af udbudsprocessen fundet anledning til at problematisere udbudsmaterialets udformning, herunder at det skulle give UMS en utilbørlig fordel. Dette må indgå som et bevismæssigt moment til støtte for, at UMS ikke opnåede en fordel under udbuddet.

UMS havde ikke på grund af sit indblik i udvalgte priser i Hydrema Export A/S' tilbud i udbud 1 nogen reel indsigt eller forventning om, hvilke priser Hydrema Danmark ville byde ind med i udbud 2. UMS besad derfor ingen utilbørlig konkurrencefordel i udbud 2, som ikke var blevet udlignet via ændringen af udbudsmaterialet.

FMI forstærkede ikke den hævdede konkurrencefordel ved at opjustere time-tallet for de tre tjenesteydelser, bl.a. fordi UMS ikke med sikkerhed kunne udlede priserne af den fremsendte prisliste, og fordi priserne blev afgivet af et andet selskab end Hydrema Danmark halvandet år tidligere. Det opjusterede timetal afspejler det forventede træk på rammeaftalen i aftalens løbetid. Havde FMI fastsat et lavere timeantal, ville dette i sig selv have udgjort en udbudsretlig overtrædelse.

Hydrema Danmark antyder, at den eneste måde, hvorpå FMI kunne have udlignet UMS' konkurrencefordel, var ved at ændre tildelingskriteriet fra "pris" til "bedste forhold mellem pris og kvalitet". Ved et udbud af standardreserverede vil det efter FMI's opfattelse savne mening at evaluere på kvalitet. FMI kan ikke være forpligtet til at inddrage kvalitet som et evalueringskriterium, og en kunstig inddragelse af kvalitetsevaluering vil formentlig være direkte udbudsstridig, idet evalueringsmodellen ikke vil være egnet til at identificere det økonomiske mest fordelagtige tilbud. Når en sådan ændring af udbuddet ikke var mulig, vil konsekvensen af Hydrema Danmarks synspunkt være, at FMI's eneste tilbageværende mulighed var – ud over helt at undlade at gå i udbud – at udelukke UMS fra udbuddet. En sådan udelukkelse

ville have været udbudsstridig, herunder i strid med proportionalitetsprincippet, og der må i den forbindelse særligt lægges vægt på dels den tidsmæssige afstand mellem UMS' indsigt i Hydrema Export A/S' priser (under udbud 1) og udbud 2, dels det forhold, at UMS var uden skyld i situationens opståen. Konsekvensen af en sådan udelukkelse ville i øvrigt have været, at konkurrencen om kontrakten helt ville forsvinde, da Hydrema Danmark ville være den eneste tilbageværende tilbudsgiver i udbuddet.

Hydrema Danmark hævder (som FMI forstår det), at UMS har vidst, at Hydrema Danmark ville tilbyde timepriser, der var lavere end de priser, som Hydrema Export A/S tilbød på udbud 1, fordi den evalueringstekniske mængde blev udvidet. Prissætning afhænger dog af en lang række (andre) faktorer. UMS kan under alle omstændigheder ikke have haft væsentlig bedre forudsætninger end enhver anden tilbudsgiver til at forudsige, hvilke timepriser Hydrema Danmark ville byde ind med i et udbud halvandet år senere.

Ad påstand 3

Hydrema Danmark har gjort gældende, at klagenævnet skal annullere FMI's tildelingsbeslutning, fordi FMI ikke i tilstrækkelig grad har udlignet den konkurrencefordel, som UMS opnåede ved at få indsigt i Hydrema Danmarks enhedspriser og prisstruktur, og derved har overtrådt ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

FMI har gjort gældende, at Hydrema Danmark ikke skal have medhold i påstand 1 eller påstand 2, og der er derfor ikke grundlag for at annullere FMI's tildelingsbeslutning. Selv hvis klagenævnet måtte finde, at FMI har begået udbudsretlige overtrædelser, har disse overtrædelser ikke haft betydning for tildelingsbeslutningen, og de skal derfor ikke føre til annullation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Hydrema Danmarks påstand 1 og 2 var ved klagens indgivelse reelt samlet i påstand 1, som da havde følgende formulering:

”Klagenævnet skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og

gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at udelukke United Military Services A/S fra udbuddet uagtet, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ikke har udlignet den utilbørlige konkurrencefordel, United Military Services A/S var i besiddelse af.”

I delkendelsen om opsættende virkning af 23. oktober 2019 udtalte klagenævnet følgende i forhold til påstand 1:

”FMI iværksatte den 30. november 2017 udbud 1, hvor bl.a. Hydrema Export A/S og UMS afgav tilbud. FMI besluttede at tildele kontrakten til Hydrema Export A/S. Efter underretningen om tildelingsbeslutningen fik UMS aktindsigt i Hydrema Export A/S’ tilbud, og det er ubestridt, at FMI i den forbindelse ved en fejl ikke havde overstreget alle Hydrema Export A/S’ enhedspriser på en sådan måde, at de ikke kunne aflæses.

Under denne klagesag har Hydrema Danmark ikke skelnet mellem, at Hydrema Export A/S var tilbudsgiver under udbud 1, mens Hydrema Danmark var tilbudsgiver under udbud 2, og Hydrema Danmark har således gjort gældende, at UMS fik indsigt i Hydrema Danmarks enhedspriser. Der er imidlertid tale om to forskellige selskaber, som bl.a. har forskellige formål, og de kan derfor ikke umiddelbart identificeres med hinanden. Under hensyn til, at der ved denne afgørelse alene skal tages stilling til spørgsmålet om opsættende virkning på det foreløbige foreliggende grundlag, hvor Hydrema Danmark kun har indleveret et klageskrift og således ikke er kommet med bemærkninger til FMI’s svarskrift, og til, at klagenævnet må lægge til grund, at selskaberne indgår i samme koncern, lægger klagenævnet dog foreløbigt til grund, at Hydrema Export A/S og Hydrema Danmark alt andet lige vil have (tilnærmelsesvis) ens enhedspriser. Indsigt i Hydrema Export A/S’ enhedspriser vil derfor også være en indsigt i Hydrema Danmarks enhedspriser.

Som følge af den fejl, FMI begik ved ikke i tilstrækkeligt omfang at sikre, at UMS ikke fik indsigt i Hydrema Export A/S’ enhedspriser, har FMI været forpligtet til ved udbuddet, der blev iværksatte den 4. juni 2019, at sikre, at den fordel, som UMS fik ved at have fået indsigt i nogle af Hydrema Export A/S’ enhedspriser, blev udlignet, jf. herved klagenævnets kendelse af 2. november 2015, Albrecht Bender GmbH u. Co mod FMI.

Udbud 2 blev iværksat ca. 1 år og 3 måneder efter, at UMS fik aktindsigt i dele af Hydrema Export A/S’ enhedspriser. Efter indholdet af udbudsbekendtgørelsen og FMI’s redegørelse for den udbudte rammeaftale lægger klagenævnet til grund, at værdien af rammeaftalen blev skønnet til 12 mio. kr., mens den ved udbud 1 blev skønnet til 3 mio. kr., at antallet af udbudte enheder var væsentligt forøget ved udbud 2, og at kun 168 enheder (inkl. de tre tjenesteydelser) ud af i alt 718 gik igen fra prislisterne under udbud 1. Klagenævnet har haft adgang til Hydrema Export A/S’ prisliste,

som UMS fik aktindsigt i, og hvor FMI ikke i tilstrækkelig grad havde overstreget enhedspriserne. Det er utvivlsomt, at nogle af enhedspriserne på prislstens side 4, 5, 14 og 16 kan aflæses på trods af overstregningerne, men efter FMI's redegørelse lægger klagenævnet til grund, at kun 18 enheder ud af de 168 enheder, der gik igen under udbud 2, fremgår af side 4 og 5 i prislsten under udbud 1. Ingen af de 168 enheder fremgår af side 14 og 16. Hertil kommer, at det ikke kan lægges til grund, at enhedspriserne for alle 18 enheder med sikkerhed kan aflæses, og det kan på det foreløbige foreliggende grundlag ikke antages, at UMS som følge af indsigt i en del af de 18 enheder havde mulighed for generelt at gennemskue Hydrema Danmarks anvendte prisstruktur og beregningsgrundlaget for alle øvrige priser.

Efter det anførte finder klagenævnet, at UMS ikke ved udbud 2 har haft en reel konkurrencefordel som følge af indsigt i nogle af Hydrema Export A/S' enhedspriser under udbud 1. Klagenævnet har desuden lagt vægt på den tid, der forløb mellem udbud 1 og iværksættelsen af udbud 2, hvor mange udefrakommende omstændigheder har kunnet påvirke de enkelte enhedspriser. Hydrema Danmark har da heller ikke ved alle 168 enheder ifølge FMI's redegørelse afgivet enhedspriser, som var de samme, som Hydrema Export A/S afgav.

Efter en foreløbig vurdering er der således ikke udsigt til, at Hydrema Danmark vil få medhold i påstanden."

Den omstændighed, at Hydrema Export A/S ved afgivelsen af tilbuddet på udbud 1 støttede sig på Hydrema Danmarks tekniske og faglige formåen, kan ikke tillægges betydning ved vurderingen af, om indsigt i Hydrema Export A/S' enhedspriser også er en indsigt i Hydrema Danmarks enhedspriser. Klagenævnet finder imidlertid, at den omstændighed, at begge selskaber indgår i Hydrema-koncernen, medfører, at de vil have (tilnærmelsesvis) ens enhedspriser – og også i et vist omfang havde det. Indsigt i Hydrema Export A/S' enhedspriser vil derfor også være en indsigt i Hydrema Danmarks enhedspriser.

Efter karakteren af den udbudte kontrakt, nemlig indkøb af standardreserve-dele, kunne FMI ikke ændre tildelingskriteriet fra "pris" til "bedste forhold mellem pris og kvalitet", og FMI kunne heller ikke som følge af fejlens karakter og omfanget af de enhedspriser, som UMS fik indsigt i, udelukke UMS fra at deltage i udbuddet.

Det kan ikke på det foreliggende grundlag konstateres, at UMS, som følge af den indsigt virksomheden fik i Hydrema Export A/S' enhedspriser, kunne

gennemskue og opnå fuld indsigt i Hydrema Danmarks bagvedliggende kalkulation og beregningsstruktur for enhedspriserne ved afgivelse af tilbud under det senere udbud.

Herefter og efter det, som klagenævnet i øvrigt har anført i delkendelsen, har FMI ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at udelukke UMS fra udbuddet, ligesom FMI i nødvendigt omfang udlignede den konkurrencefordel, som UMS havde opnået ved indsigt i nogle af Hydrema Export A/S' enhedspriser i tilbuddet på udbud 1.

Klagenævnet tager derfor ikke påstandene til følge.

Ad påstand 3

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 og 2 til følge, tager klagenævnet heller ikke påstanden om annullation til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Hydrema Danmark A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig