

K E N D E L S E

Offcon GmbH
(advokat Stefan Reinel, København)

mod

Femern A/S
(advokat Kristian Hartlev, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 014-028444 af 17. januar 2020 udbød Femern A/S, som begrænset udbud efter udbudsloven, tilrådighedsstillelsen af såkaldte ”Authority Persons”, der som repræsentanter for de tyske søfartsmyndigheder skal være ombord på de fartøjer, der deltager i den sikre og effektive afvikling af den almindelige skibstrafik under byggeriet af den faste Femern Bælt-forbindelse.

Virksomhederne Offcon GmbH (”Offcon”) og EMS Maritime Offshore GmbH anmodede om og blev prækvalificeret.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. marts 2020 havde begge prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Den 15. juni 2020 meddelte Femern A/S, at tilbuddet fra Offcon blev anset for ukonditionsmæssigt, og at Femern A/S ville indgå kontrakt med EMS Maritime Offshore GmbH.

Den 25. juni 2020 indgav Offcon klage til Klagenævnet for Udbud over Femern A/S.

Den 26. juni 2020 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Den 30. juni 2020 indgik Femern A/S kontrakt med EMS Maritime Offshore GmbH.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Offcon har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Femern A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise Offcon GmbH's tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Femern A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at stille uklare krav i pkt. 4.3. i bilag 1 og i løsningsbeskrivelsen i bilag 2a.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Femern A/S' beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til EMS Maritime Offshore GmbH.

Femern A/S har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Femern A/S har oplyst, at Femern A/S på vegne af den danske stat er ansvarlig for design og konstruktion af den faste forbindelse til Tyskland over Femern Bælt. Den faste forbindelse vil blive konstrueret som en nedsænket tunnel bestående af tunnelelementer. Under anlægsfasen vil der pågå omfattende offshore arbejder, som vil påvirke navigationssikkerheden for skibstrafikken. Der er derfor fra myndighedernes side truffet en række risikobegrænsende tiltag.

Søfartsstyrelsen har i samarbejde med den tyske søfartsmyndighed besluttet, at der under anlægsfasen skal etableres et midlertidigt VTS-center (Vessel Traffic Service-center) benævnt VTS Fehmarn Belt i Travemünde i Tyskland. VTS Fehmarn Belt vil være bemandede med både danske og tyske operatører, der kan overvåge, kontrollere, dirigere og vejlede den skibstrafik, der ikke er involveret i det tunnel-relaterede offshore arbejde, med henblik på at forhindre kollisioner, grundstødninger og andre farlige situationer.

Der vil endvidere blive etableret to afmærkede, men dynamiske, offshore arbejdsområder, hvor kun arbejdsskibe, der deltager i anlægsarbejderne, må befinde sig. For hvert arbejdsområde er der fra myndighedernes side stillet krav om, at der i anlægsfasen etableres et døgnberedskab med et dedikeret afviserfartøj (såkaldt Guard Vessel) med det formål at etablere kontakt til skibe, som VTS-centret ikke kan komme i kontakt med. Det er Femern A/S, der skal drive og bemane disse to afviserfartøjer. Afviserfartøjerne instrueres og allokeres beredskabsmæssigt af VTS Fehmarn Belt.

Afviserfartøjerne skal have en repræsentant (myndighedsperson) fra henholdsvis de tyske og de danske VTS-myndigheder ombord (i udbuddet benævnt "Authority Persons" eller "APs"). Der vil således i anlægsfasen kontinuerligt skulle være to myndighedspersoner (henholdsvis en dansk og en tysk) ombord på hvert af de to afviserfartøjer.

De danske myndighedspersoner bemandes – ligesom de danske VTS-operatører – af det danske forsvar, mens Femern A/S efter aftale med de tyske VTS-myndigheder skal sikre bemanning af de tyske myndighedspersoner (APs).

Formålet med udbuddet er at finde en leverandør, som på vegne af Femern A/S kan stille med de nødvendige tyske myndighedspersoner til bemanning af de to afviserfartøjer.

Udbudsbekendtgørelsen af 17. januar 2020 indeholder følgende:

"II.1.4) Short description:

In connection with the offshore construction activities of the Femern Belt Fixed Link project a Vessel Traffic Service, VTS Fehmarnbelt, will be established as a part of the risk control measures. The VTS operators at VTS Fehmarnbelt will be working in co-operation with the VTS operators at VTS Travemünde. VTS Travemünde is an existing VTS operated

by the German authorities. As part of VTS Fehmarnbelt the work areas shall be guarded by guard vessels at all times. The guard vessels will be provided, operated and manned by a shipowner/service supplier engaged by Femern A/S. In addition to the normal crew, the guard vessels will have 2 representatives from the German and Danish maritime authorities (authority persons or APs) onboard (1 German and 1 Danish person). The winner of this tender/contract shall employ the German APs.”

Udbudsbekendtgørelsen indeholder endvidere følgende krav om, at myndighedspersonerne skal være til rådighed for uddannelse:

”III.2.2) Contract performance conditions:

The APs shall be available and participate in training in the period 1.7.2020-31.12.2020. However, Femern A/S is entitled to postpone the commencement of the training period until 1.9.2020, in which case the supplier shall be entitled to a standby fee from 1.7.2020-1.9.2020 (Contract section 20.3). The commencement of the operation period will be determined by Femern A/S no later than 1.4.2021; however, the commencement date will be either 1.6.2021, 1.6.2022 or 1.6.2023 and the total length of the period will not be shorter than 55 months or longer than 73 months. Femern A/S is, however, entitled to suspend the services during the operation period, in which case the supplier shall be entitled to a standby fee (Contract section 20.3). (...)”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”5.2.1. Minimum Requirements

In Appendix 1 Minimum Requirements are marked by the wording “shall” and/or “Minimum Requirement”. Specific values marked by either “Min.” or “Max.” shall also be considered minimum requirements, cf. Appendix 1.

Tenders must comply with all Minimum Requirements. Tenders that do not comply with all the Minimum Requirements will be considered as “non-compliant” tenders and will therefore not be taken into consideration.

...

5.3.1. Alternative tenders

The tenderer is not allowed to submit alternative tenders (variants).”

Af udbudsmaterialets bilag 1 - Kravspecifikation fremgår bl.a.:

”1. Introduction

...

This Tender Requirements Specification (TRS) sets out Femern A/S’ requirements in connection with Femern A/S’ tender for the contract for German authority persons onboard and shall be an integrated part of the contract (Contract) which shall therefore also supplement this TRS.

The requirements in this TRS are grouped into two categories: Minimum Requirements and Evaluation Requirements.

Minimum Requirements are marked by the wording “shall”. Specific values marked by either “Min.” or “Max.” shall also be considered minimum requirements. Tenders must comply with all Minimum Requirements. Tenders that do not comply with all the Minimum Requirements will be considered as “non-compliant” tenders and will therefore not be taken into consideration.

...

3.1 Time Schedule

The scope of service is divided into two periods; the Training Period and the Operation Period.

Training Period:

The Danish and German APs shall be available and participate in training in the period 1 July 2020 to 31 December 2020, as further described in section 3.2. However, Femern A/S is entitled to postpone the commencement of the Training Period until 1 September 2020, in which case the Supplier shall be entitled to a standby fee from 1 July 2020 and until commencement of the Training Period, see section 20.3 in the Contract. The total length of the Training Period shall not be longer than 6 months.

Upon the German APs completion of the training and when the Training Period have passed, the Supplier is entitled to assign the German APs to other tasks for the Supplier, until the commencement of the Operation Period. The Supplier shall not be entitled to any remuneration in this period.

Operation Period:

The Danish and German APs shall be available for the training of the GV crew and the offshore construction phase, i.e. the “Operation Period”. The commencement of the Operation Period will be finally determined by Femern A/S no later than 1 April 2021; however, the commencement date will be either 1 June 2021, 1 June 2022 or 1 June 2023 and the total

length of the period will not be shorter than 55 months or longer than 73 months. Femern A/S is, however, entitled to suspend the Services during the Operation Period, in which case the Supplier shall be entitled to a standby fee during the suspension period, see section 20.3 in the Contract.

Furthermore, the Operation Period is subject to extension as further specified in section 20.2 in the Contract.

3.2 Training

The German APs shall participate in the education and training by GDWS and, if applicable, the Royal Danish Navy Command for VTS operators and authority persons before being appointed on duty.

...

The content of the training, including training program, material, information regarding time schedule, duration, locations etc., will be notified by Femern A/S upon contract conclusion.

...

No more than 17 persons from the Supplier's team of APs can participate in the training during the Training Period.

If one AP from the Supplier's team of APs is replaced with a new AP in accordance with section 4.3 in the Contract, such new APs shall, unless otherwise agreed in writing by Femern, undergo the training program as well before being appointed on duty. The training of new APs shall be further planned and executed in dialogue and cooperation with Femern A/S (in case, the replacement takes place after the completion of the Training Period).

...

4. General requirements

4.1 Requirements to German APs – Minimum Requirement

...

4.2 AP availability – Minimum Requirement

...

... On this basis Femern A/S as a minimum requires a solution with 10 (ten) APs, but except from this requirement it will be up to the Supplier

to determine and offer the necessary number of APs to ensure that 2 (two) APs are permanently on duty onboard the GVs.

4.3 AP availability – Evaluation Requirement

In the evaluation of the tenders it will be evaluated to what extent the Supplier has provided a detailed, robust and realistic description of how the Supplier will ensure that 2 (two) APs are on duty and available at all times during the construction phase (i.e. the Operation Period) 24 hours per day, 7 days a week, 365 days per year taking into account the minimum requirements set out in section 4.1 and 4.2.

In this context it will e.g. be evaluated positive if the description addresses the number of APs, the organisation and management of the Services and the team of APs, rotation schemes, training of potential new APs, absence due to illness and vacation of one or more member(s) of the team of APs, etc. Further it will also be evaluated positive if the description addresses potential relevant risks in this context and how the Supplier offers to reduce such risks.”

Af udbudsmaterialets bilag 2.a. – Solution Description fremgår bl.a.:

”AP availability – Evaluation Requirement (Solution description 40%)

Guidance:

The Supplier shall describe how the Supplier will ensure that 2 (two) APs are on duty and available at all times during the construction phase (i.e. the Operation Period) 24 hours per day, 7 days a week, 365 days per year, taking into account the minimum requirements set out in section 4.1 and 4.2.

The description should address the number of APs (minimum 10) and should include the offered organisation and management of the Services and the team of APs, rotation schemes, training of potential new APs, absence due to illness and vacation of one or more member(s) of the team of APs, etc.

The description should also address potential relevant risks in this context and how the Supplier offers to reduce such risks.

The description could be supplemented by plans or diagrams that support the description.”

Af udkast til kontrakt fremgår bl.a.:

” ...

The Supplier shall at all times comply with all rules and regulations in Denmark and Germany as well as applicable EU regulation relevant for the Services under the Contract. Attention shall in particular be given to work environment and health and safety regulation. (...)”

Der blev under udbudsprocessen stillet følgende spørgsmål/svar:

“Q1:

Question:

“In Appendix 1, chapter 4.3 the Employer asks the Supplier to describe potential risks and possible mitigation.

- Will these points possibly lead to amendment of the Contract or any Contract documents before the Tender?
- Will these points potentially lead to amendments of the Contract or any Contract documents after the Tender or after Contract award?
- Will these points be made available to all tenderers even if they do not lead to any changes in the Contract or any Contract documents?”

Answer:

“No, the Contract will not be amended. Neither before nor after award.

The Solution Description (Appendix 2.a) which the tenderer is requested to complete with its description of the topics set out in section 4.3 of Appendix 1 will become an integrated part of the Contract (Contract Appendix 2.a). However, the Contract shall take precedence in the contract hierarchy followed by the appendices. Please refer to section 2 of the Contract.

This means that the Solution Description shall be based on the Contract. Furthermore, the Solution Description must take any minimum requirements set out in section 4.1 and 4.2 of Appendix 1 into account. [...]”

“Q2:

Question:

“What is the content and timeline (per training module) of the various trainings?

May some of the trainings be substituted by previous education and experience?

Will it be possible to perform some of the training in-house by previously trained AP and have the success verified by a cross check with the Client?”

Answer:

“Bullet 1: The concepts for education and training are under development and therefore details about the content and timeline of the training is not

known at the present time. However, as stated in Appendix 1 – Tender Requirement Specifications, section 3.2, the content of the Training, including program, material, information regarding time schedule, duration, locations etc, will be notified by Femern A/S upon contract conclusion.

Bullet 2: Training of the AP will be done by the authorities, and therefore it will as a main rule not be possible to use or refer to previous training, experience or education unless otherwise specified.

Bullet 3: Further, as stated in Appendix 1 – Tender Requirement Specifications, section 3.2, If one AP from the Supplier’s team of APs is replaced with a new AP in accordance with section 4.3 in the Contract, such new APs shall, unless otherwise agreed in writing by Femern, undergo the training program as well before being appointed on duty. The training of new APs shall be further planned and executed in dialogue and cooperation with Femern A/S (in case, the replacement takes place after the completion of the Training Period).”

“Q3:

Question:

“What is the content and timeline of the training of GV crew delivered by the AP?”

Answer:

“Training of the GV crew will be done by the authorities. The AP will not deliver any training to the GV crew. The concepts for education and training are under development and therefore details about the content and timeline of the training is not known at the present time”.

Af tilbuddet fra Offcon fremgår bl.a.:

”1 Number of AP

OFFCON will train a total of 11 AP.

...

OFFCON has identified a risk that the project will be delayed due to political and legal discussions in Germany.

According to the answer to OFFCON’s question Femern has stated that the AP will not deliver training to the GV crew. Consequently, we consider the AP during the GV training more or less an observer, gaining experience and insight.

According to the answer to OFFCON's question the AP training content and schedule is not yet determined. We assume that we can agree with the training delivering units a schedule best for the project, also depending on actual start date of the project. OFFCON will be highly flexible and cooperative to achieve the best outcome for the project.

To mitigate the risk of losing trained AP and running into additional training costs but at the same time create the ability to provide a sufficient number of AP for the GV crew training period OFFCON has developed a split training schedule which will be aligned with Femern and the training providing units in due time.

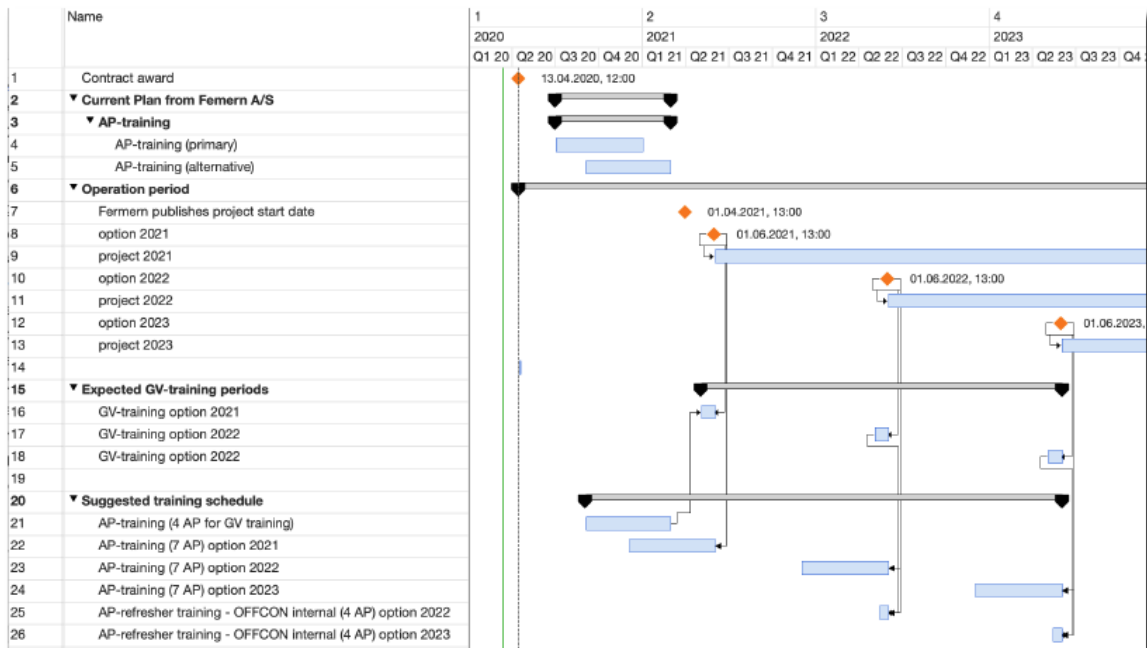


Figure 1: Femern Schedule and OFFCON "split training schedule"

...

Unless agreed differently with Femern after contract award, OFFCON intends to train 4 senior AP in the first training period to be ready for the GV training for start date option in 2021.

After Femern has decided about the project start OFFCON will agree with Femern and the training providers a training schedule for the remaining 7 AP to be readily trained "just in time" for the start of the project.

Depending on the final training contents and schedule this might result in the same training period as for the first 4 AP but OFFCON considers this rather unlikely.

Details will be discussed with Femern after contract award and when the training schedule and contents as well as project start date are defined or can be predicted with higher probability. OFFCON is dedicated to a very high level of cooperation with Femern and the authorities (training units) to achieve the best result and lowest risks for the project.

This offer is based on the assumption that the training period starts at 01.07.2020 and lasts until 31.12.2020. Start of the training period may be postponed until 01.09.2020.

...

3 The Team of AP

As described in “Risks and Mitigation” in chapter “Personnel hired and trained (on Payroll) but Project Operation Phase postponed to 2022 or 2023” OFFCON intends to stagger the training of personnel and start with a lower number, sufficient to perform the GV crew training, followed by “just in time training” of the remaining AP depending on actual project start. This is described above in chapter “Number of AP”.

...

7 Risks and Mitigation

...

7.1 Not sufficient Personnel ready for Training at Start of Training Phase

To eliminate this risk OFFCON has started the crew planning and recruiting process already. OFFCON is ready to start active recruiting the day the Contract is awarded. The recruiting will take the answers from the Client to OFFCON questions into account.

7.2 Personnel hired and trained (on Payroll) but Project Operation Phase postponed to 2022 or 2023

The risk of a project start after 07/2021 seems rather high.

The decision date for date of project start is not later than 01.04.2021.

If we train all AP before that date, we have to expect a loss of AP before the actual start of the project. We will have to compensate for the payment of training fee to Femern plus the additional crew cost for the substituting AP in our financial contingency planning, which will increase the total costs for Femern reflected in our offer.

To manage this risk and to drive down contingencies, we will only train 4 senior AP in the first run to have AP available for GV training.

Training of the remaining AP should then be scheduled to be completed just in time for the operation phase.

We will provide internal refresher training (possibly coordinated with VTS) for the first AP if delay of project start is more than 12 months after completion of the initial training.

This schedule provides for better crew planning and no knowledge loss during long waiting periods as well as less costs for contingency planning.

...

7.4 Trained AP leaving the Company as a Result of late Start of the Operation Phase

Especially in case of a long period between the training and the actual start of the project OFFCON identifies a risk that trained AP might leave the company.

For mitigation approach see above in chapter “Personnel hired and trained (on Payroll) but Project Operation Phase postponed to 2022 or 2023”.

OFFCON has identified internal opportunities to “park” trained AP during such a waiting period.”

Af Offcons tilbud fremgår endvidere vedrørende overholdelse af gældende ret:

”4. Rotation and Work Time Regime

The German AP will not be part of the crew of the GV.

...

Consequently, we believe that German labor law for Seafarers (SeeArbG) will not apply for the AP. We intend to apply Offshore-Arbeitszeitverordnung (Offshore-ArbZV) §6 (2), which regulates work time regime for all persons excluded from the group of seafarers under §3 (3) SeeArbG.

The Offshore-ArbZV allows work of up to 12 hours per day.

The required break periods (coffee and meal break etc.) will be arranged in cooperation with the Danish AP, who will also need to maintain and record proper break times.

Work time in the sense of Offshore-ArbZV is the actual watch time of the AP and starts, when the AP takes over the duty on site. The AP will only work 12 hours per day. The time from and to his work is considered travel time, which does not count as work time i.a.w. German legislation. Nevertheless, we will endeavor to ensure that the total time away from the accommodation is never more than 14 hours.

In fact, the relevant working time of the AP is less than 12 hours, it is even less than 10 hours. The meal and coffee breaks are deducted from the work time. Additionally, most of the time the AP performs so called monitoring or stand-by work as he is only acting on VTS instructions. This allows us under the Offshore-ArbZV to ask the AP to work 3 weeks in case of illness of another onsigning AP. This option will only be used in extraordinary cases as described above.

Offshore-ArbZV on vessels flying the German flag will fully apply (see §1 (1) SeeArbG).

On vessels flying a foreign flag §§139 through 141 SeeArbG will apply in addition to MLC. This will at the end lead to the same result as described above.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Offcon har gjort gældende, at Femern A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at afvise Offcons tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Offcons tilbud om et ”Split Training Schedule” var alene et alternativt løsningsforslag til den af Femern A/S beskrevne ”Training Period”. Offcon har således ikke på noget sted i sit tilbud oplyst, at myndighedspersonerne ikke ville være tilgængelige i ”Training Period”. Det fremgår tydeligt af Offcons tilbud, at Offcon tilbød at følge den af Femern A/S foreslåede tidsplan i forhold til både ”Training Period” og ”Operation Period”. Den foreslåede opdeltede oplæringsplan var et risikobegrænsningstiltag, som var valgfrit for Femern A/S. Femern A/S kunne således afvise den af Offcon foreslåede ”Split

Training Schedule” og vælge den oprindelige ”Training Period”, hvis Femern A/S havde ønsket dette.

I denne sammenhæng er det vigtigt at understrege, at tidsplanen for ”Training Period” samt varigheden af ”Training Period” var fuldstændig ukendt på tidspunktet for tilbudsafgivelsen.

Under udbudsprocessen kunne Femern A/S hverken oplyse nærmere om tidsplanen, konceptet for træningen eller starttidspunktet for ”Operation Period”. Den omstændighed, at Femern A/S valgte at lade startdatoen for ”Operation Period” løbe over et tidsrum på tre år, gjorde det næsten umuligt at sikre, at det personale, som ville blive trænet i ”Training Period”, stadig ville være til rådighed, når ”Operation Period” endelig ville blive skudt i gang. Offcon har således erkendt denne reelle og betydelige risiko og valgte derfor også at komme med et løsningsforslag vedrørende denne problemstilling.

Det bestrides, at Offcon ikke ville kunne stille sit team på 11 myndigheds personer til rådighed for start den 1. juni 2021, hvis Femern A/S skulle give besked om dette i henhold til kontraktens frist den 1. april 2021.

Det fremgår af figur 1 i Offcons tilbud, at projektet kunne udføres som beskrevet af Femern A/S, eller at træningen – såfremt Femern A/S valgte ”Split Training Schedule”, og projektets operationelle fase ville få opstart i sommeren 2021 – skulle finde sted i vinteren 2020/2021 næsten samtidig med den træningsperiode, der er angivet i tilbuddet.

Uanset hvad ville træningen således kunne gennemføres rettidigt.

Dette skal også ses i lyset af, at træningen ville kunne udføres i simulatoren i Warnemünde i Tyskland og kun ville tage 1-2 uger. Dette har Offcon fået oplyst telefonisk af den tyske myndighed VTS Travemünde. Offcon kunne således opfylde de opstillede krav, uanset hvilken løsningsmodel Femern A/S havde besluttet sig for og uanset længden af træningsperioden.

Det bestrides, at Offcons tilbudte ”Split Training Schedule” udgør et ulovligt forbehold for den af Femern A/S valgte prisstruktur. Risikoen for omkostningerne ville nemlig have ligget hos Offcon, uanset om Femern A/S havde valgt at gennemføre sin skildrede ”Training Period” eller havde valgt den alternative løsningsmodel. Offcon har i sin tilbudsregning indarbejdet en

risikovurdering, som også tager hensyn til et scenarie, hvor Femern A/S ikke fulgte den foreslåede "Split Training Schedule". Offcon har kalkuleret således, at den resterende risiko for, at Femern A/S skulle vælge sin egen "Training Schedule" frem for Offcons "Split Training Schedule", ville blive fratrukket i Offcons overskud. I ingen af tilfældene ville dette have betydet yderligere omkostninger for Femern A/S.

Offcon ville således heller ikke have haft krav mod eller gjort krav gældende over for Femern A/S i tilfælde af, at Femern A/S havde valgt "Split Training Schedule". Femern A/S skulle således kun betale én pris, uanset hvilken af de to "Training Schedules" Femern A/S havde valgt. Det som Femern A/S har anført om, at det var umuligt at sammenligne priserne i de modtagne tilbud, bestrides således.

Hvis Femern A/S havde været i tvivl om et element i Offcons tilbud, havde Femern A/S haft mulighed for at stille et opklarende spørgsmål, jf. udbudslovens § 159, stk. 5. Som bekendt er muligheden for at stille spørgsmål en ret, som ordregiver har, men ikke en pligt. Dette må dog ikke føre til, at ordregiveren handler i strid med det grundlæggende princip om ligebehandling. Det har netop været tilfældet her, idet ordregiveren vilkårligt har valgt ikke at stille opklarende spørgsmål i en situation, hvor der alene er to tilbudsgivere, og hvor en udeladelse af at stille spørgsmål fører til, at det ene af de to tilbud tilsidesættes som ikke-konditionsmæssigt. Femern A/S har således handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at stille opklarende spørgsmål til Offcon.

Formålet med EU-reglerne om offentlige kontrakter er at garantere en effektiv konkurrence, ikke at introducere bureaukratiske og ikke-transparente regler, som resulterer i situationer, hvor der kun er et tilbud tilbage. Dette skal også ses i lyset af, at Offcons tilbud endda var omkring en million euro billigere end tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver.

Det bestrides, at Offcon uopfordret er fremkommet med nogle juridiske betragtninger vedrørende Offcons opfyldelse af kontraktens mindstekrav om opfyldelse af gældende ret og dermed har opstillet nogle forudsætninger (forbehold) vedrørende de gældende arbejdsretlige regler som grundlag for Offcons tilbud. Offcons beskrivelse af gældende ret har ikke været "uopfordret" som påstået af Femern A/S. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at

tilbudsgiveren "at all times will comply with all rules and regulations in Denmark and Germany as well as applicable EU regulation relevant for the Service under the contract." For at kunne opfylde dette krav var det nødvendigt at præcisere, hvad den gældende lov i dette specielle tilfælde ville være. Uden en vurdering af de gældende arbejdsretlige regler ville det således ikke have været muligt for Offcon at afgive et tilbud, hvor man skulle tilsikre opfyldelsen af gældende ret.

Femern A/S har gjort gældende, at Femern A/S med rette har afvist Offcons tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det fremgår klart af Offcons løsningsbeskrivelse, at Offcon ikke stillede hele det tilbudte team på 11 myndighedspersoner til rådighed for uddannelse og træning i "Training Period". Offcon ville i stedet med henblik på at optimere økonomien i tilbuddet uddanne og træne fire myndighedspersoner i "Training Period" og derefter, efter nærmere aftale mellem Offcon og Femern A/S, uddanne og træne de resterende syv myndighedspersoner umiddelbart inden påbegyndelse af "Operation Period".

Selv om rationalet bag Offcons "split training schedule" set med Offcons øjne kan synes fornuftigt, medfører det en ikke-ubetydelig risiko for Femern A/S. Risikoen er bl.a., at Offcon for sent finder ud af, at Offcon ikke kan skaffe tilstrækkelige personer til den efterfølgende uddannelse, eller at der ikke kan opnås enighed om, hvornår de resterende syv myndighedspersoner i givet fald skal uddannes og trænes. Den risiko forøges væsentligt af det faktum, at Femern A/S ikke har selvstændig rådighed over den obligatoriske uddannelse og træning af myndighedspersonerne, der forestås og planlægges af VTS-myndighederne.

Beslutningen om, at uddannelse og træning af VTS-operatører og myndighedspersoner skal foretages samlet i perioden 1. juli til 31. december 2020 med mulighed for at skubbe start til 1. september 2020, var netop begrundet i et hensyn til at opnå sikkerhed for, at det nødvendige beredskab er på plads i god tid, inden anlægsarbejdet påbegyndes, og for at kunne ensrette og samle den nødvendige uddannelse og træning.

Femern A/S stillede derfor et mindstekrav i kravspecifikationen om, at de tyske myndighedspersoner skulle være til rådighed og deltage i uddannelse

og træning (sammen med de danske myndighedspersoner) i ”Training Period” (dvs. 1. juli til 31. december 2020, med mulighed for Femern A/S for at skubbe start til 1. september 2020). Dette mindstekrav er også fremhævet i udbudsbekendtgørelsen.

Offcons tilbud er i strid med mindstekravet om, at tilbudsgiver skal stille sit tilbudte team af myndighedspersoner til rådighed i ”Training Period”, således at dette team vil kunne indgå i den samlede uddannelse og træning af både danske og tyske myndighedspersoner.

Allerede på den baggrund indebærer Offcons ”split training schedule”, at Offcons tilbud er ukonditionsmæssigt.

Herudover er Offcons ”split training schedule” også i strid med mindstekravet om, at der som minimum skal stilles et team af 10 personer til rådighed i ”Operation Period”. Det følger således af Offcons løsningsbeskrivelse, at Offcon kun ville stille fire myndighedspersoner til rådighed ved opstart i sommeren 2021. Det er således klart, at Offcon end ikke vil kunne stille sit team på 11 myndighedspersoner klar til start den 1. juni 2021, hvis Femern A/S giver besked om dette i henhold til kontraktens frist den 1. april 2021. Selv hvis Offcon ville det, kan oplæring og træning ganske enkelt ikke gennemføres på den tid. Derudover gør Offcon det klart, at tilbuddet bygger på en forudsætning om, at Offcon ikke stiller sit team til rådighed til opstart i sommeren 2021, med mindre der indgås en anderledes aftale herom med Femern A/S. Også dette udgør et forbehold over for Femern A/S’ udbudsmateriale, hvilket – også af denne grund – gør Offcons tilbud ukonditionsmæssigt.

Derudover udgør Offcons tilbudte ”split training schedule” et ulovligt forbehold over for den prisstruktur, som Femern A/S har valgt. Prisstrukturen er sådan, at der afregnes pr. team af myndighedspersoner, og at der betales for hele teamet i hele træningsperioden. Offcons tilbudte løsning med et ”split training schedule”, hvor uddannelse og træning ikke sker samlet og samtidig med VTS-operatørerne og de danske myndighedspersoner, bryder med prisstrukturen i udbudsmaterialet. Offcon vil forsimplet sagt modtage betaling for at have stillet hele teamet til rådighed i ”Training Period”; men Offcon tilbyder reelt alene at stille fire medlemmer af teamet til rådighed. Det er i øvrigt uklart, når man læser Offcons tilbud, hvordan Offcon forestillede sig at modtage betaling, når de resterende syv AP’ere skulle uddannes, da Offcon

slet ikke berører denne problemstilling i sit tilbud. Det medfører i sig selv en risiko for Femern A/S.

Det kan udledes af Offcons tilbud, at det ville have været dyrere, hvis Offcon skulle have stillet det fulde team af myndighedspersoner til rådighed i ”Training Period”. Dette medfører, at Offcons tilbud umiddelbart vil fremstå billigere end et tilbud, der opfylder de stillede mindstekrav til ydelsen. Femern A/S vil dermed ikke kunne gennemføre en ensartet evaluering af pris på tværs af de modtagne tilbud som ellers forudsat ved angivelse af en fast prisstruktur. Af hensyn til det udbudsretlige ligebehandlingsprincip kan dette ikke accepteres.

Det må ses som en efterrationalisering fra Offcons side, når det i klagen anføres, at det tilbudte ”split training schedule” blot skulle forstås som en ”valgmulighed”, og at klager ville følge Femerns A/S’ ”oplæringsplan, hvis ikke Femern A/S valgte at indføre det opdeltede oplæringsystem”. Der er således ikke støtte i tilbuddet for, at Offcons ”split training schedule” skulle betragtes som et valgfrit alternativ, som Femern A/S blot kunne se bort fra. Det fremgår således af tilbuddet, at det er afgivet under forudsætning af det tilbudte ”split training schedule”, og at prisen ville have været højere og forudsatte en selvstændig aftale herom, hvis samtlige myndighedspersoner skulle stilles til rådighed for uddannelse og træning i den angivne ”Training Period”. Det kan ikke tillægges betydning, at Offcon nu hævder at ville have accepteret tilbuddets mindstekrav, når det ikke er den retsstilling, der kan udledes af tilbuddet. Det måtte derimod forventes, at Offcon – hvis Offcon havde vundet kontrakten – var kommet med et betydeligt ekstrakrav, såfremt Offcon skulle have sendt alle sine 11 myndighedspersoner på kursus i efteråret 2020.

Det er Offcons ansvar, at tilbuddet fremstår klart og utvetydigt. Hvis Offcons hensigt var den, at Femern A/S kunne have krævet, at Offcon uden meromkostninger skulle stille samtlige 11 myndighedspersoner til rådighed i ”Training Period”, så var det Offcons ansvar og risiko at sikre, at dette fremgik klart og utvetydigt af tilbuddet. Dette er ikke tilfældet. Under alle omstændigheder har klagenævnet tidligere fastslået, at hvis et tilbud indeholder en angivelse, der både kan forstås som et forbehold og ikke som et forbehold, skal angivelsen anses for et forbehold.

Det forhold, at Offcons tilbud umiddelbart medførte en lavere evalueringsteknisk pris end det vindende tilbud, kan af hensyn til det udbudsretlige ligebehandlingsprincip ikke tillægges betydning. De to tilbudsgiveres priser var usammenlignelige, da tilbuddene ikke respekterer de samme krav.

Tilbuddets ukonditions-mæssighed kan ikke begrundes med, at Femern A/S under udbudsprocessen ikke kunne oplyse nærmere om uddannelse og træning af myndighedspersonerne, eller hvornår "Operation Period" vil starte. Femern A/S havde håndteret disse forhold ved at fastsætte klare og enkle rammer/mindstekrav, som tilbudsgiverne – mod fuld betaling og uden risiko – skulle opfylde. Femern A/S havde derved sikret sig på den ene side, at Femern A/S ville kunne opfylde myndighedernes krav til at stille personalet til rådighed for træning, og på den anden side, at der var et klart grundlag at afgøre udbuddet på baggrund af.

I forhold til den obligatoriske uddannelse og træning i "Training Period" skulle tilbudsgiver således stille sit team af myndighedspersoner til rådighed i den 6 måneders periode, der var afsat til uddannelse og træning af myndighedspersonerne i "Training Period", mens Femern A/S påtog sig risikoen for, at den nødvendige uddannelse og træning skulle vise sig at være mindre tidskrævende end forudsat. Femern A/S har ikke rådighed over den uddannelse og træning af myndighedspersonerne, der skal foretages af de tyske og evt. danske VTS-myndigheder. Udbudsmaterialet var baseret herpå og på det faktum, at forholdene omkring uddannelsen og træningen ikke var kendt på tidspunktet for udbuddet.

Da der er tale om et begrænset udbud, er der i øvrigt ikke grundlag for at kritisere Femern A/S for ikke at have drøftet/afklaret disse forhold med Offcon. Det bestrides, at Femern A/S inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5, kunne have afklaret de forhold, der gjorde tilbuddet ukonditions-mæssigt, uden i praksis at give Offcon mulighed for at ændre sit tilbud.

Femern A/S har derudover gjort gældende, at Offcons beskrivelse af overholdelse af gældende ret medfører ukonditions-mæssighed. Som tilbuddet er formuleret, er der ikke blot tale om, at Offcon skitserer rammerne. Derimod er der tale om, at Offcon opsætter nogle juridiske forudsætninger (forbehold) om de gældende arbejdsretlige regler som grundlag for sit tilbud. Det er ikke muligt for Femern A/S at fastslå den juridiske konsekvens af disse forudsæt-

ninger, herunder særligt i forhold til den afgivne pris. Der er således en væsentlig risiko for, at Offcon ville kunne gøre gældende, at prisen må genforhandles, hvis en af de anførte forudsætninger (forbehold) efterfølgende skulle vise sig ikke at holde stik. Formuleringen medfører således i praksis, at Femern A/S overtager risikoen for, at forudsætningen holder stik. Det betyder, at Femern A/S ikke vil kunne gennemføre en ensartet evaluering af pris på tværs af de modtagne tilbud, da ydelserne således ikke længere kan sammenlignes. Af hensyn til det udbudsretlige ligebehandlingsprincip kan dette ikke accepteres.

Offcon kunne godt have beskrevet sin forståelse af de juridiske rammer og samtidig på en klar og utvetydig måde have bekræftet, at Offcon under alle omstændigheder uden forbehold ville opfylde kontraktens krav. Det har Offcon valgt ikke at gøre. Det følger i den forbindelse af klagenævnets faste praksis, at Offcon bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud.

Det fremgår klart af udbudsbetingelserne, at tilbuddet skal være i overensstemmelse med udbudsmaterialets mindstekrav, og at tilbuddet ellers er ukonditionsmæssigt. Der er ikke adgang til at afgive alternative tilbud, jf. både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne.

Tilbuddet er derfor med rette afvist som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 2

Offcon GmbH har gjort gældende, at Femern A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at stille uklare krav i pkt. 4.3. i bilag 1 i udbudsmaterialet og i løsningsbeskrivelsen i bilag 2a.

Udbudsmaterialet viser tydeligt, at Femern A/S ønsker alternative løsninger, hvis sådanne løsninger kan bidrage til at reducere risici. Alene på grund af disse opfordringer har Offcon åbnet sit tilbud for en alternativ løsning. Desuden understregede Femern A/S, at det ville blive bedømt positivt, hvis tilbudsgiverne foretog en risikovurdering og fremkom med mulige løsninger for at begrænse risici. Af svar på spørgsmål 1 fremgår bl.a., at Offcons tilbud ville blive en del af kontrakten. Det er netop dette svar fra Femern A/S, der er grunden til, at Offcon så sig nødsaget til at indarbejde mulighederne for risikostyring i sit tilbud, idet der ikke efterfølgende ville være mulighed for at tage hensyn til risici. Det giver ingen mening, at Femern A/S spørger ind

til risici og mulige løsninger, hvis man ikke ønsker at få et tilbud med netop sådanne løsningsforslag og samtidig heller ikke kan acceptere efterfølgende ændringer i kontrakten. Det gøres gældende, at Femern A/S ikke burde have anmodet om risikovurdering og -begrænsningstiltag i udbudsmaterialet, hvis Femern A/S ikke kunne acceptere sådanne tiltag. At Femern A/S alligevel har anmodet om at modtage mulige løsninger på risici, fører til, at udbudsmaterialet må anses for uklart. Hvis Femern A/S kun ønskede en risikovurdering af specifikke spørgsmål, så skulle man have skrevet dette klart i udbudsbetingelserne. Femern A/S' efterspørgsel af en risikovurdering var netop ikke begrænset. Femern A/S har således ikke tilkendegivet, at risici, der opstår som følge af de opstillede minimumskrav eller på grund af tidsplanen, ikke skulle adresseres. Hvis der havde været 10 tilbudsgivere, ville det have været mere rimeligt at "droppe" en eller to, som ikke havde været 100% præcise i deres tilbud. Men i det foreliggende tilfælde er der kun to virksomheder, som er prækvalificeret, og Femern A/S havde derfor en videregående forpligtelse til at sikre sig, at en mulig udelukkelsesgrund ikke skyldtes uklart eller vildledende udbudsmateriale.

Sammenfattende gøres det derfor gældende, at udbudsmaterialet ikke har været tilstrækkeligt klart, og at Femern A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Femern A/S har bestridt, at Femern A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, herunder at Femern A/S har stillet uklare krav i udbudsmaterialet. Femern A/S kunne således sagtens acceptere tiltag, der reducerede tilbudsgivernes risiko for ikke at overholde mindstekravet i kravspecifikationens afsnit 4.2, men det burde stå enhver klart, at et sådan tiltag ikke kunne baseres på en manglende overholdelse af Femern A/S' mindstekrav. Det er en helt almindelig fremgangsmåde i udbud at bede tilbudsgiverne identificere risici og komme med forslag til håndtering af disse risici samtidig med, at tilbudsgiver selvsagt skal overholde udbudsmaterialets mindstekrav. Kontraktuelle bestemmelser/formuleringer om, at tilbudsgiveren skal udføre kontrakten med de specifikke myndighedspersoner, der er budt ind med, medmindre Femern A/S har accepteret andet, er helt normale – både i danske og internationale kontraktforhold. Det afgørende i denne kontekst er, at disse bestemmelser/formuleringer helt åbenbart er møntet på kontrakthåndteringen mellem parterne i tiden efter, at kontrakten er indgået, og således ikke relaterer sig til tilbudsfasen. Femern A/S har med

sådanne almindelige kontraktbestemmelser/formuleringer ikke derved opfordret tilbudsgiverne til at afgive alternativt tilbud i forhold til den udbudte opgave.

Det fremgår klart og tydeligt af udbudsmaterialet som et mindstekrav, at tilbudsgiver skulle stille sit tilbudte team af myndighedspersoner til rådighed i ”Training Period”, og at dette team skulle bestå af mindst 10 personer, således at teamet kunne indgå i den samlede uddannelse og træning, der skulle forstås af de danske og tyske VTS-myndigheder.

Det fremgår også klart af kravspecifikationens afsnit 4.3 og den tilhørende skabelon til brug for tilbudsgivers løsningsbeskrivelse, at der er tale om et evalueringskrav, hvor Femern A/S anmodede tilbudsgiver om en beskrivelse af, hvordan tilbudsgiver ville indrette sig med henblik på at sikre, at mindstekravet til beredskabet i anlægsfasen (”Operation Period”) til enhver tid kan opfyldes, herunder hvordan eventuelle risikofaktorer i den forbindelse ville blive håndteret.

Femern A/S havde endda i det bilag, hvor tilbudsgiverne skulle angive deres løsningsbeskrivelse til brug for tilbudsevalueringen, i indledningen gjort opmærksom på, at tilbudsgiverne skulle sikre sig, at løsningsbeskrivelsen/tilbuddet var i overensstemmelse med alle mindstekrav. Konkret havde Femern A/S endda mindet tilbudsgiverne om, at beskrivelsen til besvarelse af det omhandlede evalueringskrav nødvendigvis måtte tage hensyn til mindstekravene til beredskabet i ”Operation Period”.

I øvrigt burde det selv uden vejledning have stået Offcon klart, at anmodningen om at forholde sig til risici ved kontraktens udførelse ikke kunne forstås som en opfordring til at tilbyde en løsning, der var i strid med Femern A/S’ mindstekrav.

Udbudsmaterialet har således været tilstrækkeligt klart i forhold til, at det samlede tilbudte team, der ikke måtte være på færre end 10 personer, skulle stilles til rådighed til uddannelse og træning i ”Training Period” (1. juli til 31. december 2020, med mulighed for at skubbe start til 1. september 2020), og at Femern A/S heller ikke har opfordret tilbudsgiverne til at ”optimere” på dette forhold som led i deres mitigering af identificerede risici i ”Operation Period”.

Ad påstand 3

Offcon har gjort gældende, at udbudsmaterialet ikke har været tilstrækkeligt klart i forhold til, at Femern A/S har anmodet om, at tilbudsgiverne skulle klarlægge risici ved kontraktens udførelse, og at Offcons tilbud er konditionsmæssigt i enhver henseende. Klagenævnet for Udbud derfor skal annullere Femern A/S' afgørelse om, at Offcons tilbud ikke er konditionsmæssigt. Desuden skal Klagenævnet for Udbud annullere tildelingen af den udbudte kontrakt til EMS Maritime Offshore GmbH.

Femern A/S har gjort gældende, at Femern A/S ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hverken ved at stille uklare krav i udbudsmaterialet eller ved at afvise klagers tilbud som ukonditionsmæssigt, jf. det anførte ad påstand 1 og 2. Da Offcon derfor hverken skal have medhold i påstand 1 eller påstand 2, skal Offcon heller ikke have medhold i påstand 3.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Det fremgår klart af ordlyden af udbudsbekendtgørelsens pkt. III og det, der er anført i kravspecifikationens punkt 3.1 under overskriften "Training Period", sammenholdt med udbudsbetingelsernes punkt 5.2.1 og kravspecifikationens punkt 1, at det er et minimumskrav, at de tyske myndighedspersoner skal være til rådighed for og deltage i oplæring i perioden fra 1. juli 2020 til 31. december 2020. Denne forståelse støttes af de øvrige oplysninger i udbudsmaterialet, herunder oplysningerne om gennemførelsen af undervisningen i kravspecifikationens punkt 3.2, og af Femern A/S' svar på spørgsmål under udbudsprocessen.

Det fremgår endvidere klart af ordlyden af kravspecifikationens punkt 4.2, at tilbuddet som minimum skal omfatte 10 myndighedspersoner.

Derudover fremgår det af kravspecifikationens punkt 4.3 og tilbudsskabeløns punkt 2.1, at der ved evalueringen af tilbuddet vil blive lagt vægt på, i hvilket omfang tilbuddet indeholder en detaljeret, robust og realistisk beskrivelse af, hvordan tilbudsgiveren vil sikre, at der er den nødvendige bemanding under konstruktionsfasen, dvs. i "Operation Period", og at det vil blive

evalueret positivt bl.a., hvis løsningsbeskrivelsen i den kontekst adresserer potentielle og relevante risici og fremkommer med forslag til, hvordan disse risici reduceres.

Bestemmelsen i kravsspecifikationens punkt 4.3 må ud fra en naturlig forståelse af ordlyden og sammenhængen med de øvrige bestemmelser i kravsspecifikationen, herunder at der i overskriften til bestemmelsen udtrykkeligt henvises til, at det er et evalueringskrav og ikke et minimumskrav, forstås således, at tilbudsgiverne alene anmodes om at forholde sig til potentielle relevante risici for, at den nødvendige bemanning ikke er til stede under ”operation period” og ikke under ”training period”.

Bestemmelsen medfører derfor ikke, at det for den almindelige tilbudsgiver kan anses som tvivlsom eller uklart, at tilbuddet i det hele skal leve op til de i kravsspecifikationen klart og tydeligt angivne minimumskrav om, at samtlige tilbudte myndighedspersoner skal være tilgængelige for og deltage i oplæring i perioden fra den 1. juli til den 31. december 2020. Det forhold, at Femern A/S som led i tilbudsevalueringen efterspørger en risikovurdering og løsningsforslag til at imødegå opdagede risici, medfører ikke, at de opsatte minimumskrav dermed bortfalder eller kan gøres til genstand for en efterfølgende forhandling mellem parterne.

Femern A/S har dermed ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at stille krav som anført i kravspecifikationens punkt 4.3 eller løsningsbeskrivelsen.

Det af Offcon tilbudte ”split training schedule”, jf. bl.a. tilbuddets pkt. 1 og 3, lever ikke op til minimumskravet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2 og kravsspecifikationens punkt 3.2, og da alternative tilbud er udelukket, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 5.3.1, må tilbuddet af den grund anses for ukonditionsmæssigt. Det forhold, at Offcon i sit tilbud anfører, at det tilbudte træningsprogram anvendes ”Unless agreed differently with Femern after contract award”, kan ikke føre til et andet resultat, allerede fordi den foreslåede løsning ikke giver Femern A/S en ret til at fastholde minimumskravet men derimod efter sin ordlyd kræver enighed mellem parterne om en eventuel ny løsning, som lever op til minimumskravet. Femern A/S kunne ikke inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5, have anmodet Offcon om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet.

Femern A/S har dermed ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise Offcon GmbH's tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Der er herefter ikke grund til at tage stilling til, om Offcons tilbud også af andre grunde kan anses som ikke-konditionsmæssigt.

Påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Efter udfaldet af påstand 1 og 2 er der ikke grundlag for at annullere Femern A/S' beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til EMS Maritime Offshore GmbH.

Påstand 3 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Offcon GmbH skal i sagsomkostninger til Femern A/S betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig