

K E N D E L S E

Frequentis AG
(advokat Henrik Gisløv og
advokatfuldmægtig Helene Maria Biendus Jensen, Kolding)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Tomas Ilsøe Andersen og
erhvervsjuridisk rådgiver Jesper Nørgaard Kristensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2020/S 050-119738 af 11. marts 2020 genudbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI) som udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF) en aftale om køb af et Secure Voice Communication System (herefter VCS) og en tilhørende 7-årig rammeaftale om vedligeholdelse af systemet med mulighed for forlængelse til i alt 20 år. Værdien af aftalerne var anslået til 200.000.000 – 400.000.000 kr.

Der var fastsat frist for ansøgning om prækvalifikation til den 7. april 2020, hvilket senere blev ændret til den 5. maj 2020.

FMI forventede at prækvalificere seks ansøgere.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde FMI modtaget i alt 13 ansøgninger, hvoraf FMI vurderede, at kun seks ansøgere opfyldte samtlige minimumskrav og dermed var konditionsrættelige.

Den 17. september 2020 indgav Frequentis, som ikke var blandt de prækvalificerede, klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Frequentis fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Den 3. november 2020 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Frequentis har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt direktiv 2009/81/EF, art. 4, i prækvalifikationen, idet Frequentis bud er vurderet efter en højere standard end de øvrige kandidater i prækvalifikationen, og således endvidere handlet i strid med direktiv 2009/81/EF art. 18(2).

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principper om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og § 140, jf. § 143 og § 155, idet beslutningen om prækvalifikation var behæftet med fejl, idet alene ”NATO Secret” ved udvælgelsen er lagt til grund som teknisk standard.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at udbuddet er uklart og behæftet med fejl idet kravene til referencer ”NATO Secret or equivalent” ikke er lagt til grund ved Forsvarets Materiel- og Indkøbsstyrelse vurdering i forhold til udbuddets minimumskrav og idet ”NATO Secret” ikke er en teknisk standard en producent kan garantere.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Forsvarets Materiel- og Indkøbsstyrelses beslutning om prækvalifikation af de seks angivne kandidater.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen fremgik blandt andet følgende:

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

...

2) The acquisition contract:

...

The VCS’ primary function is to interconnect radios, telephone systems, intercom and public announcement systems. Besides the VCS’ primary function, the VCS shall be able to separate voice communication with different security classification levels, including NATO Secret, into separate domains.

...

III.2.3) Technical and/or professional capacity

Criteria regarding the technical and/or professional ability of economic operators (that may lead to their exclusion)

Information and formalities necessary for evaluating if the requirements are met:

1) Demonstration of experience:

The candidates shall submit a list of the most important similar deliveries (references). The list must contain a maximum of 5 (five) previous deliveries

...

- Specific information (‘yes’ or ‘no’) about whether the delivery has been approved to the security classification NATO Secret or equivalent.

...

Minimum level(s) of standards possibly required

1) Demonstration of experience:

The candidate shall demonstrate experience with at least 1 (one) completed delivery of a VCS approved to NATO Secret that is able to separate voice communication in 2 (two) or more domains (including NATO Secret).

...

IV.1.2) Limitations on the number of operators who will be invited to tender or to participate

...

Objective criteria for choosing the limited number of candidates: The limitation of candidates will be based on an evaluation of those candidates within the group that have documented the most relevant previous deliveries in comparison to the Contract described in section II.1.5). In the evaluation, DALO will take into account the nature of the previous

deliveries where special weight will be given to similarities with the VCS itself. Secondary weight will be given to a sustainment framework agreement with regard to maintenance and development. In the evaluation, DALO will also take into account:

— The recipient of the delivery so that deliveries to a NATO country or a ‘NOS country’ country will — with a substantial weight — be deemed more relevant than deliveries to others recipients. In this connection a ‘NOS country’ means a non-NATO nation or International Organisation with whom NATO has signed a Security Agreement and that the NATO Office of Security (NOS) has certified as being able to appropriately protect released NATO classified information.

— The time of the delivery so that more recent deliveries will be deemed more relevant than older deliveries. The evaluation will be based on the list of references submitted by the candidates according to section III.2.3).

Please note that any ambiguities and/or incomprehensibilities in the information submitted may be regarded negatively in the evaluation when selecting the limited number of candidates.

...

Section VI: Complementary information

...

VI.3) Additional information

...

DALO has prepared a pre-qualification questionnaire (PQQ) which candidates are strongly encouraged, but not obligated, to use when submitting their applications. The questionnaire contains questions, forms and templates for providing information, etc. in accordance with the requirements in this contract notice.

...

Please note that any ambiguities and/or incomprehensibilities in the information submitted may be regarded negatively in the evaluation when selecting the limited number of candidates. DALO reserves the right, but is not obliged, to use remedies equal to the remedies provided for in section 159(5) of the Danish Act No 1564 of 15 December 2015, the Public Procurement Act, if applications or tenders do not fulfil the formalities set out in the tender documents.”

Af PQQ'en fremgik blandt andet:

”TEMPLATE 5

Information regarding the technical and/or professional capacity

The company hereby submits - and confirms the correctness of - the following list containing the most important similar deliveries.

The company (candidate) is encouraged to read section III.2.3) in the Contract Notice when completing this template.

The list must contain a maximum of 5 (five) previous deliveries,

...

- specific information (“yes” or “no”) about whether the delivery has been approved to the security classification NATO SECRET or equivalent

...

Reference No.

...	
Information regarding security classification This should include specific information (“yes” or “no”) about whether the delivery has been approved to the security classification NATO SECRET (equivalent to the danish marking “HEMMELIGT”) or equivalent.	[...]
...	

“

Frequentis, som også havde deltaget i to tidligere udbud fra FMI vedrørende køb af et VCS, og hvor Frequentis blev prækvalificeret, indleverede på ny ansøgning om prækvalifikation. Frequentis benyttede PQQ’en i forbindelse med sin ansøgning og udfyldte template 5 med blandt andet følgende:

”Reference no 1 - Australian Tactical Air Defence Radar system TADRS

...	
Information regarding security classification This should include specific information (“yes” or “no”) about whether the delivery has been approved to the security classification NATO SECRET (equivalent to the danish marking “HEMMELIGT”) or equivalent.	Yes, the delivery has been approved for Australia's security level “SECRET” (NATO SECRET or HEMMELIGT).
...	

...”

Frequentis' reference nr. 5 var udfyldt som reference nr. 1 vedrørende "information regarding security classification".

FMI modtog i alt 13 ansøgninger, hvoraf FMI vurderede, at kun seks ansøgere opfyldte samtlige minimumskrav og dermed var konditionsmæssige. Det var i den forbindelse FMI's vurdering, at disse seks ansøgere hver havde vedlagt mindst én reference, der angav et VCS-system, der var "NATO Secret"-akkrediteret og kunne separere kommunikation i mindst to domæner i henhold til minimumskravet. Der blev således ikke foretaget en egentlig udvælgelse blandt ansøgerne.

PQQ'erne fra de seks prækvalificerede ansøgere har været forelagt klagenævnet. FMI har ved afgørelse af 3. november 2020 vurderet, at dele af de oplysninger i referencebeskrivelserne, som Frequentis har anmodet om, er undtaget aktindsigt.

FMI har oplyst, at FMI henvendte sig til Forsvarets Efterretningstjeneste den 10. juni 2020 for at være helt sikker på, at der ikke kunne være 100% sammenfald mellem akkrediteringsprocessen for "NATO Secret" og Australiens "Secret". Af mailen af 10. juni 2020 fra FMI fremgår:

"...

I forlængelse af []'s konsoliderede svar, ønsker Styregruppen for projektet vedr. VCS Erstatningsanskaffelsen at få oplyst, om der foreligger en aftale mellem NATO/DK og Australien der gør, at et VCS der er godkendt til Australien SECRET uden videre og på samme måde som et DK system kan blive NATO SECRET godkendt. Til vores kendskab foreligger der ikke en sådan aftale om gensidig anerkendelse for så vidt angår informations- og kommunikationssystemer, men for at underbygge dette, anmodes FE om at tage stilling til følgende to spørgsmål:

1) Foreligger der en generel aftale (herunder f.eks. afledt af NOS-samarbejdet eller en anden bilateral aftale) mellem Australien og NATO som foreskriver, at et Australien SECRET godkendt system (VCS) uden videre kan/skal akkrediteres som et NATO SECRET godkendt system (VCS) (som tilfældet f.eks. vil være med et system fra DK)?

2) Hvordan vil [] forholde sig med hensyn til at akkreditere et system til NATO SECRET/DNK SECRET, når systemet i forvejen er Australien SECRET godkendt; Vil det pågældende system helt uden videre blive betragtet som ethvert andet NATO SECRET/DNK SECRET godkendt

system, eller vil systemet skulle underlægges en konkret vurdering/akkrediteringsproces for at opnå NATO SECRET/DNK SECRET godkendelse? I bekræftende fald, vil [] herved kunne lette sagsbehandlingen ved, at Australien er et NOS land?

Af flere grunde, herunder konkurrencemæssige og udbudsretlig hensyn, ønsker Styregruppen IKKE, at [] besvarer ovenstående spørgsmål ved inddragelse af relevante kanaler i Australien. Hvis nødvendigt, ønskes det, at Danmarks NATO kanaler inddrages.

...

Den 26. juni 2020 besvarede Forsvarets Efterretningstjeneste henvendelsen som følger:

”...

Der findes en aftale¹ mellem Danmark og Australien, der blandt andet omhandler oversættelsen af klassifikationsgrader. Vi er ikke bekendt med en generel aftale mellem Australien og Danmark omhandlende akkreditering.

Nedenstående er de specifikke svar på de fremsendte spørgsmål

... IT systemer til brug for NATO klassifikationer vil kunne akkrediteres efter en fastlagt proces. Vi er ikke bekendt med nogen aftale omkring anerkendelse af Australske godkendelser

... Det er svært, at udtale sig om på det foreliggende grundlag. Jeg kan dog knytte et par kommentarer: Australien har formodentligt en moden proces for godkendelse af IT systemer som FMI sandsynligvis kan bruge i akkrediteringsprocessen. Det vil formodentligt kunne reducere tiden omkring arbejdet med akkrediteringen.

...

Note 1: “FOR THE RECIPROCAL PROTECTION OF CLASSIFIED INFORMATION OF DEFENCE INTEREST””

FMI har oplyst, at FMI på baggrund af svaret fra Forsvarets Efterretningstjeneste konkluderede, at der ikke var grundlag for at anse akkrediteringsprocessen for et VCS-system efter det australske ”Secret” henholdsvis ”NATO Secret” for ens.

Den 28. august 2020 meddelte FMI Frequentis, at Frequentis ikke blev prækvalificeret med følgende begrundelse:

”DALO has scrutinized your references (documentation) submitted as part of your application. The individual references concerns delivery of a VCS, however none of the references demonstrate delivery of a VCS that is approved to NATO Secret nor are able to separate voice communication in two or more domains (including NATO Secret).

Hence, the references demonstrate experience with delivery of a VCS that is approved to “NATO Restricted” (ref. 4), “US navy internal” (ref. 2), and “Australia’s security level “SECRET”” (ref. 1 and 5), respectively. Ref. 3 delivery has not been certified for NATO Secret.

None of these VCS are approved to the specific NATO Secret classification as required.

In this connection, DALO notes that said minimum requirement entails that the VCS shall be approved to NATO Secret (and not only an equivalent classification), cf. the wording of said minimum requirement.

Furthermore and consequently, none of the references demonstrate delivery of a VCS which is able to separate voice communication in two or more domains, in which the one domain is to be used for communication classified as NATO Secret.

Consequently, DALO regrets to inform you that your application does not meet said minimum requirement regarding demonstration of experience.”

Der blev den 14. september 2020 holdt et telefonisk ”debriefing-møde” mellem FMI og Frequentis. FMI har ikke bestridt, at FMI angiveligt på mødet oplyste, at FMI ikke havde efterprøvet, hvorvidt de ansøgere, som ved deres udfyldelse af template 5 alene havde svaret ”yes”, havde referencer, som var ”NATO Secret” eller ”equivalent”-akkrediteret.

Af cirkulære nr. 10338 af 17. december 2014 om sikkerhedsbeskyttelse af informationer af fælles interesse for landene i NATO eller EU, andre klassificerede informationer samt informationer af sikkerhedsmæssig beskyttelsesinteresse i øvrigt fremgår:

”Forpligtelse til at sikkerhedsbeskytte klassificerede informationer består i forhold til Den Nordatlantiske Traktats Organisation (NATO) og Den Europæiske Union (EU) samt i forhold til andre internationale traktater og national lovgivning.

I henhold til aftaler indgået mellem Danmark og internationale organisationer er Danmark forpligtet til

- at overholde disse organisationers regelsæt for sikkerhedsbeskyttelse af fælles, klassificerede informationer,
- at udpege en national sikkerhedsmyndighed, der er pålagt at udøve den til regelsættene hørende kontrolfunktion i Danmark på disse organisationers vegne.

Den nationale sikkerhedsmyndighed har desuden en generel koordinerende funktion, bl.a. i forbindelse med indgåelse af internationale aftaler og fastsættelse af national lovgivning om sikkerhedsbeskyttelse af følsomme informationer.

... Forsvarets Efterretningstjeneste varetager funktionen som national sikkerhedsmyndighed inden for Forsvarsministeriets område.

Forsvarets Efterretningstjeneste er national it-sikkerhedsmyndighed. ... Sikkerhedsbeskyttelsesreglerne er gældende uanset informationens form og det medium, hvori den tilvejebringes, nedfældes, transporteres, kommunikeres, arkiveres eller lagres.

Beskyttelsen af informationer udgøres af en række personelmæssige, fysiske og proceduremæssige foranstaltninger, der tilsigter, at informationerne beskyttes mod uautoriseret indsigt og ændring samt er til rådighed for autoriserede brugere, når de skal anvendes.

Omfanget af anvendte sikkerhedsforanstaltninger fastsættes ud fra cirkulærets klassificeringssystem.

Informationer skal i øvrigt behandles i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser på området.

A. Informationer af fælles interesse for landene i NATO eller EU m.v.

I. Klassificering

§ 1. Alle informationer mærket med betegnelsen NATO eller EU samt nationale informationer af fælles interesse for landene i NATO eller EU skal, i det omfang de kræver sikkerhedsbeskyttelse, klassificeres efter nedenstående regler.

1) YDERST HEMMELIGT (»COSMIC TOP SECRET«, »TRÈS SECRET UE« / »EU TOP SECRET«)

Denne klassifikationsgrad skal anvendes om informationer, hvis videregivelse uden dertil indhentet bemyndigelse ville kunne forvolde Danmark eller landene i NATO eller EU overordentlig alvorlig skade.

2) HEMMELIGT (»NATO SECRET«, »SECRET UE« / »EU SECRET«)

Denne klassifikationsgrad skal anvendes om informationer, hvis videregivelse uden dertil indhentet bemyndigelse ville kunne forvolde Danmark eller landene i NATO eller EU alvorlig skade.

3) FORTROLIGT (»NATO CONFIDENTIAL«, »CONFIDENTIEL UE« / »EU CONFIDENTIAL«)

Denne klassifikationsgrad skal anvendes om informationer, hvis videregivelse uden dertil indhentet bemyndigelse ville kunne forvolde Danmark eller landene i NATO eller EU skade.

4) TIL TJENESTEBRUG («NATO RESTRICTED«, »RESTREINT UE« / »EU RESTRICTED«)

Denne klassifikationsgrad anvendes om informationer, der ikke må offentliggøres eller komme til uvedkommendes kendskab.

Stk. 2. Andre landes NATO- eller EU-klassifikationsmærkninger skal uden videre sidestilles med den tilsvarende klassifikationsmærkning i stk.

1. Nationale klassifikationsmærkninger og internationale organisationers klassifikationsmærkninger skal i videst muligt omfang sidestilles med den tilsvarende klassifikationsmærkning i stk. 1.

Stk. 3. Forsvarets Efterretningstjeneste offentliggør på sin hjemmeside en liste over andre landes og internationale organisationers klassifikationsgrader.

...”

Af ”Administrative arrangement for the protection of classified information exchanged between the North Atlantic Treaty Organisation and the government of Australia” af 17. september 2009 fremgår blandt andet:

“4. MARKING OF CLASSIFIED INFORMATION

...

4.3 The corresponding security classifications of the Participants are as follows:

For NATO	For Australia
NATO SECRET	SECRET
NATO CONFIDENTIAL	CONFIDENTIAL
NATO RESTRICTED	RESTRICTED”

Af ”Agreement between the Government of Australia and the Government of the Kingdom of Denmark for the reciprocal protection of classified information of defence interest” af 27. september 1999 fremgår blandt andet:

“Article 4

Marking of transmitted classified information

...

3. The corresponding national security classifications of the Parties are as follows:

In Australia	In Denmark
TOP SECRET	YDERST HEMMELIGT
SECRET	HEMMELIGT
CONFIDENTIAL	FORTROLIGT
RESTRICTED	TIL TJENESTEBRUG”

Frequentis har oplyst, at man senest den 16. september 2020 kunne finde tilsvarende klassifikationer på Forsvarets Efterretningstjenestes hjemmeside:

”<https://fe-ddis.dk/SiteCollectionDocuments/FE/Militaersikkerhed/Klassifikationer.pdf>”

Det fremlagte dokument har blandt andet følgende indhold:

”

ANDRE LANDES OG INTERNATIONALE ORGANISATIONERS KLASSEBILAG 5

Danmark	YDERST HEMMELIGT	HEMMELIGT	FORTROLIGT	ANDERSEN PARTNERS
NATO	COSMIC TOP SECRET	NATO SECRET	NATO CONFIDENTIAL	ADVOKATFIRMA
EU	engelsk EU TOP SECRET	EU SECRET	EU CONFIDENTIAL	EU RESTRICTED
	fransk TRÈS SECRET UE	SECRET UE	CONFIDENTIEL UE	RESTREINT UE
FN	INGEN	STRICTLY CONFIDENTIAL	CONFIDENTIAL	INGEN
Albanien	TEPËR SEKRET	SEKRET	KONFIDENCIAL	I KUFIZUAR
Australien	TOP SECRET	SECRET	CONFIDENTIAL	RESTRICTED
Belgien	flamsk ZEER GEHEIM	GEHEIM	VERTROUWELIJK	BEPERKTE VERSPREIDING
	fransk TRÈS SECRET	SECRET	CONFIDENTIEL	DIFFUSION RESTREINTE

”

Dokumentet er ikke længere tilgængeligt på Forsvarets Efterretningstjenestes hjemmeside.

Parternes anbringender

Ad påstand 1-3

Frequentis har gjort gældende, at ordregivers frie skøn ikke indebærer, at skønnet kan være forkert eller baseret på uklare bestemmelser i udbudsbekendtgørelsen. Klagenævnet kan tilsidesætte skønnet, hvis det er usagligt, hviler på et objektivt forkert grundlag, eller hvis ordregiver åbenbart har overskredet den grænse, der gælder for ordregivers skøn.

Kravet til referencer i udbudsbekendtgørelsen i forhold til sikkerhedsgodkendelser var klart angivet som ”NATO Secret or equivalent”, og Frequentis har leveret to referencer, som begge opfylder kravet ”or equivalent”, og som på alle andre parametre opfyldte FMI’s krav til et VCS som beskrevet i udbudsbekendtgørelsen. Der kan derfor ikke stilles spørgsmålstejn ved Frequentis’ kompetencer inden for kommunikationsløsning.

Der kan derimod stilles spørgsmålstejn ved, på hvilket grundlag FMI har beskrevet og vurderet kravene til referencer, og den måde minimumsbetingelserne i udbudsbekendtgørelsen er opstillet. Det afgørende for FMI må have været, at ansøgerne havde en konkret erfaring på et passende sikker-

hedsniveau. Det er derfor irrelevant, om det er "NATO Secret" eller det australske "Secret", da et sikkerhedsniveau ikke er udtryk for en specifik teknisk standard, men derimod er et mål for, hvordan fortrolige informationer skal kunne håndteres.

At "NATO Secret" ikke var eneste relevante kriterie understøttes af, at FMI faktisk har undersøgt, om det australske "Secret" er svarende til "NATO Secret".

De fremlagte aftaler og klassifikationsoversigten fra Forsvarets Efterretningstjenestes hjemmeside illustrerer, at den vurdering, som FMI har foretaget på baggrund af en henvendelse til Forsvarets Efterretningstjeneste, ikke er korrekt. Det var netop FMI's forkerte skøn baseret på forkerte oplysninger fra Forsvarets Efterretningstjeneste, som ledte FMI til den konklusion, at ingen af Frequentis' referencer opfyldte de ønskede minimumskrav.

Den evalueringsmetode, som FMI fulgte, har derudover ikke været gennemsigtig og overholdt ikke ligebehandlingsprincippet. Frequentis er ved at "kvalificere" sit "yes, ..." med de yderligere kvalitative oplysninger om, at "equivalent standard" er Australiens "Secret", blevet behandlet dårligere end andre kandidater, som blot har svaret "yes" også til leverancer, som ikke har opfyldt "NATO Secret". Dermed er der skabt en ubegrundet hindring for konkurrence, da Frequentis ikke har fået lige muligheder som andre ansøgere.

FMI's vurderingskriterium har hverken været transparent eller forudsigeligt, og FMI har indarbejdet et vurderingskriterium, som hverken Frequentis eller de andre ansøgere kan opfylde, da VCS skal klassificeres af ordregiveren og ikke af leverandøren.

Det giver ikke mening, at den "specific information", som ansøgerne er blevet anmodet om at give, kan være "NATO Secret or equivalent", hvis FMI's reelle krav har været, at kun "NATO Secret"-referencer kan tages i betragtning. I afslaget er det anført, at der er tale om et minimumskrav om "NATO Secret", og udbudsbekendtgørelsen er derfor uklar og selvmodsigende i forhold til de efterspurgte referencer og den måde, som FMI har fortolket minimumskravene på.

Udbudsmaterialet må forstås således, at FMI ved udvælgelsen i forhold til "possible required" minimumskrav alene kan godkende en reference, hvis der faktisk er sket akkreditering til "NATO Secret", og modsat må alle referencer efter dansk "Hemmelig" eller australsk "Secret" vurderes på linje. Herudover kan FMI kun udvælge ansøgere, hvis det er en reference på et VCS og ikke andre systemer, hvis referencen er leveret og i drift, er akkrediteret til "NATO Secret" af NATOs sikkerhedsmyndighed og kan opdele i to eller flere domæner.

Det fremgår af den aktindsigt, som Frequentis har opnået, at fem af de seks prækvalificerede ikke har opfyldt disse krav.

FMI har gjort gældende, at FMI har foretaget en evaluering af de prækvalificerede ansøgers referencer og Frequentis' referencer, som er i overensstemmelse med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed og det, der er anført i udbudsbekendtgørelsen. FMI var hverken berettiget eller forpligtet til at prækvalificere Frequentis. FMI har henvist til klagenævnets kendelse af 5. juli 2013, SOS International A/S mod Region Midtjylland.

Der er ikke grundlag for at tilsidesætte FMI's saglige krav om, at ansøgere som minimum skulle have erfaring med at levere et VCS, der var akkrediteret til "NATO Secret". En ordregiver har et bredt skøn i forhold til vurderingen og fortolkningen af den dokumentation i form af referencer, som skal dokumentere opfyldelsen af det anførte minimumskrav til egnethed. Ordregiveren skal blot holde sig inden for rammerne af det, som ordregiveren har fastsat i udbudsbekendtgørelsen. FMI har imidlertid ikke haft mulighed for at anlægge et bredt skøn i forhold til, om Frequentis' ansøgning opfyldte minimumskravet. Det ville antage forhandling, hvis FMI kontaktede Frequentis for en nærmere afklaring af, hvorvidt den australske akkrediteringsproces var sammenlignelig med NATO-akkrediteringsprocessen.

En ansøger bærer selv risikoen for eventuelle fejl, mangler og uklarheder i sin ansøgning, og FMI var berettiget til at tillægge dette negativ vægt ved vurderingen af ansøgningen. FMI har herved henvist til klagenævnets kendelse af 13. december 2017, P-Only Qbrick ApS mod Folketinget.

Det bestrides, at FMI har vurderet Frequentis' ansøgning efter en højere standard end de øvrige ansøgninger om prækvalifikationen. Samtlige ansøgnin-

ger er behandlet med samme tilgang. De seks prækvalificerede ansøgere vedlagde hver mindst én reference, der refererede til levering af et VCS, der var "NATO Secret"-akkrediteret og kunne adskille kommunikation i mindst to domæner som krævet. Det er ikke korrekt, at FMI i sin bedømmelse af de øvrige ansøgninger accepterede referencer, der angik VCS, der alene var akkrediteret til en klassifikationsgrad "tilsvarende" "NATO Secret". Ingen af Frequentis' referencer dokumenterede opfyldelse af minimumskravet, og Frequentis har også bekræftet, at ingen af referencerne var "NATO Secret"-akkrediteret. Frequentis har derimod anført, at den sikkerhedsmæssige kvalitet kan medføre en klassifikation svarende til "NATO Secret". Det kan hverken efter minimumskravets formulering eller efter den nævnte praksis om evaluering være FMI's ansvar eller pligt at foretage en nærmere undersøgelse af, om Frequentis med den dobbelttydige formulering kan "reddes" i forhold til opfyldelse af minimumskravet. Under alle omstændigheder bekræftede Forsvarets Efterretningstjeneste FMI's egen vurdering af, at akkrediteringsprocesserne kan være forskellige, hvorfor den australske akkrediteringsproces til "Secret" ikke kan sidestilles med akkrediteringsprocessen til "NATO Secret".

Det er uden betydning at inddrage, hvilke klassificerede informationer det enkelte VCS kan håndtere, herunder i hvilket omfang NATO/Danmark og Australien har anerkendt hinandens klassifikationsgrader for informationer. Det afgørende er, hvilken akkrediteringsproces leverandøren har været igennem.

FMI har bestridt, at "prækvalifikationen var behæftet med fejl, idet alene "NATO Secret" ved udvælgelsen var lagt til grund som teknisk standard", og "at udbuddet var uklart og behæftet med fejl, fordi kravene til referencer "NATO Secret or equivalent" ikke er lagt til grund" ved prækvalifikationsbeslutningen. FMI har vurderet ansøgernes referencer i forhold til kravet i udbudsbekendtgørelsen pkt. III.2.3 om levering af et VCS, der var akkrediteret til klassifikationsgraden "NATO Secret". Det fremgår ikke, at en tilsvarende klassifikationsgrad ville blive anvendt. Dette følger heller ikke af PQQ'en. Det var under alle omstændigheder ansøgerens ansvar at svare fyldestgørende på udbudsbekendtgørelsens krav. De oplysninger, som fremgik af PQQ'en, skulle også benyttes, hvis FMI skulle foretage en udvælgelse blandt egnede ansøgere. I den situation kunne FMI basere sig på en generel relevansbedømmelse af ansøgernes referencer holdt op mod beskrivelsen af

udbuddets genstand, og det ville da naturligt indgå, i hvilket omfang ansøgeren havde erfaring med levering af VCS-systemer, der havde været underlagt en akkrediteringsproces. Listen i PQQ'en indeholdt også andre oplysninger, som ikke var relevante for minimumskravet, men alene for en relevansbedømmelse ved en eventuel udvælgelse. En almindelig påpasselig ordregiver kan derfor ikke med rette udlægge udbudsbekendtgørelsen som påstået af Frequentis.

Minimumskravet til ansøgerens tekniske egnethed i forhold til tidligere leverancer er sagligt og proportionalt, fordi det nye VCS er blevet forsinket, og Forsvaret har nu et stærkt og presserende operationelt behov for at udskifte det nuværende system. VCS er kritisk og afgørende i kommunikationsinfrastrukturen i Forsvaret, hvorfor anskaffelsen ikke skal forsinkes yderligere. For at opnå den fornødne leveringssikkerhed er det afgørende, at den valgte leverandør har kendskab til den særlige "NATO Secret"-akkrediteringsproces, som VCS skal underlægges. Akkrediteringsprocessen skal udføres i samarbejde mellem FMI, Forsvarets Efterretningstjeneste, NATOs sikkerhedsmyndighed og leverandøren, og den plan som FMI har lagt herfor, skal ikke forsinkes som følge af leverandørens manglende erfaring hermed.

FMI er ikke forpligtet til at lade et sådant sagligt minimumskrav udgå, fordi én eller flere leverandører på markedet ikke kan opfylde kravet, jf. klagenævnets kendelse af 5. juli 2019, Get Care ApS mod Hvidovre Kommune.

Alle potentielle ansøgere havde lige muligheder for i henhold til forsvars- og sikkerhedsdirektivet at opfylde minimumskravet ved at indgå samarbejder eller lade sin tekniske formåen støtte på en anden leverandør for at kunne dokumentere den krævede erfaring og opfylde minimumskravet.

Det bestrides, at klassifikationsgraderne dansk "Hemmeligt" og australsk "Secret" må vurderes "på linje" med "NATO Secret" i forhold til minimumskravet.

Termen "possible required" i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3 er en obligatorisk standardtekst, som ikke kan ændres af brugeren, og termen kan derfor ikke inddrages i fortolkningen af det omhandlede minimumskrav.

FMI skal i prækvalifikationsvurderingen ikke inddrage, hvilke tekniske løsninger ansøgerne vil kunne levere, men FMI kan derimod i overensstemmelse med sædvanlig praksis og forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 38, stk. 2, og artikel 42, stk. 1, foretage en vurdering af ansøgernes generelle tekniske formåen baseret på, hvilke tekniske løsninger ansøgerne tidligere har leveret.

FMI har ikke pligt til at få de oplysninger, som er anført i ansøgningerne om prækvalifikation verificeret. Det er FMI's vurdering, at reference 1 hos ansøger "A", reference 3 hos ansøger "B", reference 2 hos ansøger "C" og reference 1 og 2 hos ansøger "D", "E" og "F" opfylder det omhandlede minimumskrav.

Ad påstand 4

Frequentis har gjort gældende, at Frequentis på baggrund af det, som er anført ovenfor, skal have medhold i sin påstand.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og at der således ikke foreligger et grundlag for at annullere beslutningen om ikke at prækvalificere Frequentis. FMI var berettiget og havde pligt til ikke at prækvalificere Frequentis, da Frequentis' ansøgning ikke opfyldte minimumskravet til ansøgerens tekniske egnethed i forhold til tidligere leverancer. FMI har i øvrigt henvist til det, som er anført ovenfor.

Klagenævnet udtaler:

Påstand 1-4

Klagenævnet har i sin delkendelse af 3. november 2020 blandt andet udtalt følgende:

"I udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3 om den tekniske formåen sondres der mellem oplysninger til brug for udvælgelse og minimumskrav som følger:

"Information and formalities necessary for evaluating if the requirements are met:

1) Demonstration of experience:

The candidates shall submit a list of the most important similar deliveries (references). The list must contain a maximum of 5 (five) previous deliveries

...

- Specific information ('yes' or 'no') about whether the delivery has been approved to the security classification NATO Secret or equivalent.

...

Minimum level(s) of standards possibly required

1) Demonstration of experience:

The candidate shall demonstrate experience with at least 1 (one) completed delivery of a VCS approved to NATO Secret that is able to separate voice communication in 2 (two) or more domains (including NATO Secret)."

Det var således et minimumskrav, at ansøgeren skulle demonstrere erfaring med mindst én leverance af et VCS, som er "approved to NATO Secret". Ansøgeren kunne benytte PQQ'en, herunder template 5, til sine oplysninger om teknisk formåen, og det fremgik udtrykkeligt af udbudsbekendtgørelsen, at ansøgeren bar risikoen for eventuelle uklarheder i sine fremsendte oplysninger.

Der er efter det foreliggende ikke grundlag for at fastslå, at udbuddet har været uklart i beskrivelsen af kravene.

Det er ubestridt, at en leverandør ikke kan garantere en akkreditering til "NATO Secret". Dette er imidlertid heller ikke et krav ifølge minimumskravet til den tekniske formåen. Af de foreliggende oplysninger følger, at FMI ønskede en leverandør, som havde erfaring med akkrediteringsprocessen til klassifikationsgraden "NATO Secret", og det er oplyst, at 6 ansøgere var i stand til at opfylde dette krav. Ansøgerne havde i øvrigt mulighed for at basere deres ansøgning på andre virksomheders tekniske formåen.

Efter klagenævnets faste praksis er det ordregiverens valg, hvorledes den udbudte ydelse beskrives, og hvilke krav der stilles til ansøgere og tilbudsgivere. Der er på denne baggrund og efter de foreløbige oplysninger ikke grundlag for at konstatere, at det tekniske minimumskrav var "irrelevant", udtryk for en fejl som teknisk standard, eller at kravet ikke var fastsat i overensstemmelse med gældende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Det er, som det også er anført i udbudsbekendtgørelsen, ansøgeren, der bærer risikoen for uklarheder vedrørende indholdet i en ansøgning, og

ordregiveren har ikke pligt til at stille opklarende spørgsmål til oplysningerne. Frequentis har vedrørende sine referencer nr. 1 og 5 oplyst, at disse var "approved for Australia's security level "Secret"". Det forhold, at FMI har søgt afklaret, hvorvidt den australske akkreditering svarede til "NATO Secret", kan ikke efter de foreløbige oplysninger tages som udtryk for, at der var andre relevante "kriterier" end kravet om en reference med "NATO Secret"-akkreditering, og klagenævnet finder ikke, at der efter de foreliggende, foreløbige oplysninger er grundlag for at konstatere, at Frequentis er vurderet efter en højere standard end de øvrige ansøgere i prækvalifikationen.

Der er herefter på det foreliggende, foreløbige grundlag ikke udsigt til at påstand 1-3 vil blive taget til følge, ligesom det følger heraf, at der ikke er udsigt til, at påstanden om annulation tages til følge."

Efter indholdet af referencerne fra de seks prækvalificerede ansøgere har klagenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte den vurdering, som FMI har foretaget om, at disse ansøgere har opfyldt minimumskravet. Herefter, og da der under den efterfølgende behandling af sagen i øvrigt ikke er fremkommet oplysninger, der kan føre til et andet resultat, tages påstand 1-4 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Frequentis AG skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig