

K E N D E L S E

Grandt Defense ApS
(advokat Thomas Ryhl, København)

mod

Rigspolitiet
(advokat Christian Bo Kolding-Krøger, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 051-132309 af 9. marts 2022, offentliggjort den 14. marts 2022, udbød Rigspolitiet som begrænset udbud efter udbudsloven en 4-årig rammeaftale om levering af transporttasker til Rigspolitiet og Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI) til en anslået samlet værdi af 13 mio. kr.

Grandt Defense ApS (herefter "Grandt") indgav ansøgning om prækvalifikation.

Den 26. april 2022 meddelte Rigspolitiet, at Grandts ansøgning var afvist som ukonditionsmæssig.

Den 16. maj 2022 indgav Grandt klage til Klagenævnet for Udbud over Rigspolitiet. Grandt 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 31. maj 2022 besluttede klagenævnet ikke at tage stilling til påstanden om opsættende virkning, men i stedet afgøre sagen. Parterne har derefter haft lejlighed til at komme med afsluttende bemærkninger.

Grandt har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rigspolitiet har handlet i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved at afvise Grandts ansøgning om prækvalifikation som ukonditionsmæssig.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Rigspolitiets beslutning om at afvise ansøgningen fra Grandt som ukonditionsmæssig.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rigspolitiet har handlet i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at prækvalificere virksomheden 37,3 Grader A/S.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Rigspolitiets beslutning om at prækvalificere virksomheden 37,3 Grader A/S.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Der er tale om et fællesudbud med Rigspolitiet og FMI som ordregivere.

Af udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9 fremgår, at Rigspolitiet forventede at prækvalificere fem virksomheder og – om nødvendigt – ville udvælge de ansøgere, som ville blive opfordret til at afgive tilbud, på grundlag af følgende kriterier:

”1) Ansøgerens soliditetsgrad: Ordregiver vil her lægge vægt på, at ansøgeren har så høj en soliditetsgrad som muligt, og

2) Ansøgerens erfaring med levering af produkter, som svarer til de udbudte: Ordregiver vil her lægge vægt på, at ansøgeren har erfaring med

levering af flere forskellige typer af transporttasker, som er sammenlignelige med de udbudte, til professionel anvendelse til tilsvarende myndigheder (fx politi, forsvar, beredskaber og lign.).”

Udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2 fastsætter følgende mindstekrav til ansøgernes økonomiske og finansielle kapacitet:

”Positiv soliditetsgrad i det seneste, reviderede regnskabsår”.

Udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3 fastsætter følgende mindstekrav til ansøgernes tekniske og faglige kapacitet:

”Der skal angives mindst to (2) relevante referencer, dog højst fem (5).”

Af udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3 fremgår desuden:

”Ansøgeren skal angive de betydeligste leverancer, der er udført inden for de seneste tre (3) år fra ansøgningsfristens udløb med relevans for den udbudte opgave med angivelse af beløb og tidspunkter for levering samt, om der er tale om en offentlig eller privat modtager.

Med betydeligste referencer forstås levering af transporttasker til professionel anvendelse.

Ansøgeren skal være opmærksom på, at forskellige leverancer under en rammeaftale eller kontrakt vil blive anset som én reference.

Bemærk venligst, at de angivne referencer ikke må være ældre end tre (3) år regnet fra anmodningsfristens udløb og ikke må vedrøre fremtidige leverancer. Ansøgeren bør i ESPD’ets beskrivelsesfelt forklare, hvad der er leveret og i hvilken periode. Hvis referencen vedrører leveringer på en løbende rammeaftale eller i henhold til igangværende kontraktforhold, bør ansøgeren i datofeltet i ESPD angive datoen for den seneste udførte leverance.”

Udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2.4 oplyser, at det sprog, der må benyttes ved afgivelse af tilbud eller ansøgninger om deltagelse, er dansk.

Udbudsbetingelsernes afsnit 4.6 bestemmer følgende:

”Alle henvendelser, spørgsmål og dokumenter skal være på dansk. Dokumentation, certifikater o.l. kan dog vedlægges på dansk, norsk, svensk eller engelsk.”

Af udbudsbetingelsernes afsnit 4.7 fremgår, at der under udbudsproceduren kan stilles spørgsmål på dansk eller engelsk.

Udbudsbetingelsernes afsnit 5.1 bestemmer, at ansøgninger om prækvalifikation skal indeholde et udfyldt ESPD-dokument samt – hvis relevant – en støtteerklæring og/eller en konsortieerklæring.

Udbudsbetingelsernes afsnit 5.3 fastsætter en række krav vedrørende ”ESPD: Udelukkelse, egnethed, udvælgelse og dokumentation.” Af afsnittet fremgår indledningsvis:

”Ordregiver har udfyldt og vedlagt en ESPD fil som en del af udbudsmaterialet. Til brug for Ordregivers vurdering af ansøgerens egnethed til at varetage den udbudte opgave, skal ansøgeren udfylde sin del af ESPD ved afgivelse af oplysninger som krævet nedenfor.”

I udbudsbetingelsernes afsnit 5.3.3.3 er om ”Teknisk og faglig formåen” i ESPD bl.a. fastsat:

”Ansøgeren skal udfylde følgende:

Ansøgeren skal angive de betydeligste leverancer, der er udført inden for de seneste tre (3) år fra ansøgningsfristens udløb med relevans for den udbudte opgave med angivelse af beløb og tidspunkter for levering samt, om der er tale om en offentlig eller privat modtager.”

I udbudsbetingelsernes afsnit 5.3.4 om ”Begrænsning af antallet af kvalificerede ansøgere” er bl.a. fastsat:

”Hvis antallet af egnede ansøgere overstiger fem (5), vil ordregiver udvælge de ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive tilbud, på baggrund af følgende kriterier:

Ansøgerens soliditetsgrad: Ordregiver vil her lægge vægt på, at ansøgeren har så høj en soliditetsgrad som muligt. Vurderingen foretages på baggrund af ansøgerens besvarelse i ESPD, del IV, pkt. B.

Ansøgerens erfaring med levering af produkter, som svarer til de udbudte: Ordregiver vil her lægge vægt på, at ansøgeren har erfaring med levering af flere forskellige typer af transporttasker, som er sammenlig-

nelige med de udbudte, til professionel anvendelse til tilsvarende myndigheder (fx politi, forsvar, beredskaber og lign.) Vurderingen foretages på baggrund af ansøgeres besvarelse i ESPD, Del IV, pkt. C. Ansøger opfordres derfor i ESPD'et kort at beskrive hvilke produkter, der konkret er leveret under hver reference. Såfremt der fremlægges flere referencer end det højeste antal på fem (5), vil kun de første fem (5) indgå i vurderingen.”

I udbudsbetingelsernes afsnit 6.6.1 ”Generelle vilkår”, der ikke angår prækvalifikationsfasen, men tilbudsfasen, er bl.a. fastsat:

”Efter tilbuddene er åbnet, vil Ordregiver vurdere, om tilbuddene opfylder de formelle krav i udbudsmaterialet.

Ordregiver kan anvende fremgangsmåden i udbudslovens § 159, stk. 5 og 6, hvis tilbuddet ikke opfylder udbudsmaterialets formelle krav.

Uanset anvendelsen af ordet "skal" i udbudsmaterialet forbeholder Ordregiver sig endvidere retten til at indhente yderligere oplysninger inden for rammerne af ovennævnte bestemmelser.

Ordregiver er imidlertid ikke forpligtet til at indhente yderligere oplysninger eller dokumentation fra tilbudsgiverne.

Ordregiver kan endvidere afklare eventuelle uklarheder i tilbuddene inden for udbudslovens rammer.”

Afsnit 6.6.2 i udbudsbetingelserne om ”Forbehold” bestemmer blandt andet følgende:

”Tilbud må ikke indeholde forbehold for mindstekrav eller grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Forbehold for mindstekrav eller grundlæggende elementer i udbudsmaterialet medfører, at tilbuddet bliver ukonditionsmæssigt. Et mindstekrav er et krav, som ubetinget skal opfyldes/overholdes. Det bemærkes, at tilbud, der ikke overholder samtlige mindstekrav, er ukonditionsmæssige.”

Grandt indgav ansøgning om prækvalifikation den 8. april 2022 og vedlagde den udfyldte engelsksprogede version af den ESPD-skabelon, som Rigspolitiet i den danske udgave havde uploadet som en del af udbudsmaterialet på EU-Supply, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 5.3.

Ansøgningen var også vedlagt et ESPD-dokument, der omhandler virksomheden 5.11 Inc., som Grandt støttede sin ansøgning på, ligeledes ved anvendelse af den engelsksprogede version af den ESPD-skabelon, som indgik i udbudsmaterialet.

Ved brev af 26. april 2022 meddelte Rigspolitiet, at ansøgningen fra Grandt var afvist som ukonditionsmæssig. Afvisningen er begrundet som følger:

”Desværre er ansøgningen fra Grandt Defense ApS vurderet ukonditionsmæssig.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.2.4 er det angivet, at det sprog, der må benyttes ved afgivelse af ansøgninger eller tilbud er dansk.

Da ansøgningen fra Grandt Defense ApS er på engelsk, vurderes ansøgningen at være ukonditionsmæssig. Rigspolitiet er på denne baggrund forpligtet til at afvise anmodningen fra Grandt Defense ApS.”

De indleverede ESPD'er var i forhold til alle tekstfelter, der skulle udfyldes af Grandt og 5.11 Inc., udfyldt på engelsk.

Det gælder oplysningerne om Grandts solvensgrad, men ligeledes feltet ”Description” i ESPD'en for 5.11 Inc., hvorefter fremgik:

”

Description	Amount	Start date	End date	Recipients
1500 ea RUSH 24 Back Pack,58601,3 7 liters,1000D nylon, Dual top zipper, Dual side pockets,dual mesh inside pockets,yoke strap 2000 ea RUSH 24 Back Pack,58602, 55 liters,1050D nylon, Top zipper, Dual side pockets, name tag, yoke strap.	606,500.00 EUR	04/01/2021	15/11/2021	Hungarian MOD
6000 ea RUSH 24 Back Pack,58602, 55 liters,1050D nylon, Top zipper, dual side pockets, name tag, yoke strap.	1,194,000.00 EUR	03/01/2022	30/03/2022	Hungarian MOD
5.11 Tactical Range Master Duffel, 56495, 47 liters , 500D Nylon, Top lid opening, name tape, handles, target/compression straps	297,000.00 EUR	04/01/2021	01/12/2021	US Federal Police
5200 ea RUSH Delivery Bag, 56177, 1050D Nylon, padded laptop sleeve, quick draw compartment, non slip strap, YKK zippers	312,000.00 EUR	01/04/2019	30/11/2019	Royal Thai Army
235 ea SOMS 3.0 Rolling Duffel, 56476, 126 liters, 3 external zippered pockets, wheel housing, skid rails, corner protectors, 1050D/1680D nylon, top and side compression straps., retractable handles, selfretracting grab handles.. 150 ea Mission Ready Rolling Duffel, 56477, 90 liter, 3 internal,4 external pockets, wheel housing, skid rails, corner protectors, selfretracting grab handles. retractable handle.	89,400.00 EUR	30/06/2020	18/12/2020	Danish MOD, SOCOM

(bilag 6, side 5)

”

Rigspolitiet afviste ligeledes to andre ansøgninger med henvisning til sprogkravet. Fem ansøgninger blev vurderet konditionsræssige.

Grandt gjorde indsigelse over for Rigspolitiet, som ved brev af 3. maj 2022 fastholdt sin beslutning med følgende begrundelse:

”Efter en fornyet gennemgang af udbudsmaterialet og jeres ansøgning, er det fortsat Rigspolitiets vurdering, at ansøgningen ikke opfylder kravene af de nedenfor anførte grunde.

Grandt Defense ApS’ ansøgnings sprog

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.2.4 er det angivet, at det sprog, der må benyttes ved afgivelse af ansøgninger eller tilbud er dansk.

Da ansøgningen fra Grandt Defense ApS de facto er på engelsk, vurderes ansøgningen at være ukonditionsræssig. Rigspolitiet er på denne baggrund forpligtet til at afvise anmodningen fra Grandt Defense ApS.

Sproget i udbudssystemet

På forsiden af udbudssystemet EU-Supply, før der logges ind, er det muligt øverst til højre at vælge, hvilket sprog der ønskes anvendt i systemet efter der er logget ind. Vælges engelsk, vil al den systemgenererede tekst, herunder udbudsbekendtgørelse og skabelon til ESPD blive vist på engelsk.

Den pdf’ede version af ESPD’et, som Rigspolitiet henter i udbudssystemet efter ansøgningsfristens udløb, vil altid blive vist på det sprog, som ansøgeren har oprettet den under. Den tekst, som ansøgeren selv skriver ind, bliver ikke oversat. Det er alene den tekst, som skrives ind i selve skabelonen (uanset skabelonens sprog), der betragtes som ansøgningen.

Ansøgningens sprog, jf. udbudsmaterialet

Den 16. marts 2022 blev, af en potentiel tilbudsgiver, stillet et spørgsmål (nr. 193302) med emnet ”Sprog”. Spørgsmålet lød således: ”Kan vi skrive ansøgningen (prækvalifikation) og tilbuddet på engelsk?”. Dertil svarede Rigspolitiet: ”Af udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.2.4) fremgår, at det sprog, der må benyttes ved afgivelse af ansøgninger eller tilbud skal være dansk.” Det fremgår af udbudssystemet, at Grandt Defense ApS har læst dette svar den 16. marts 2022 kl. 09:08.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 4.6 fremgår, at alle henvendelser, spørgsmål og dokumenter skal være på dansk. Videre fremgår det, at dokumentation, certifikater o.l. dog kan vedlægges på dansk, norsk, svensk eller engelsk.

Med dokumentation, certifikater o.l. henvises til, at prækvalificerede tilbudsgivere i forbindelse med afgivelse af tilbud skal sende sådanne med indgivelsen af deres tilbud, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.

De oplysninger, som Grandt Defense ApS har angivet i referencerne, anses ikke for dokumentation eller certifikater.

Spørgsmål i prækvalifikationsfasen

...

Såfremt Grandt Defense ApS havde haft spørgsmål til ansøgningen, herunder sprog, indhold mv., var der mulighed for at stille spørgsmål herom til Rigspolitiet.”

Efter udveksling af en række e-mails og afholdelse af et møde mellem parterne meddelte Rigspolitiet ved e-mail af 12. maj 2022, at man fastholdt beslutningen om at afvise ansøgningen fra Grandt og gennemføre udbuddet. Det anføres bl.a.:

”På baggrund heraf mener Rigspolitiet på nuværende tidspunkt ikke, at der er grundlag for at annullere udbuddet.

Dette er begrundet i, at Rigspolitiet på ny har overvejet de kvalitative krav til de udbudte produkter og har fundet dem sagligt begrundet set i forhold til politiets behov. Derudover vurderer Rigspolitiet, at der er tilstrækkelig konkurrence i udbuddet med de 5 prækvalificerede virksomheder. Endeligt ønsker Rigspolitiet at varetage hensynet til transaktionsomkostningerne for de deltagende virksomheder.”

Ved e-mail af 16. maj 2022 har Rigspolitiet gentaget, at udbudsproceduren ville fortsætte, hvilket begrundes med, at det vil stride mod ligebehandlingsprincippet at give Grandt mulighed for at berigtige sin ansøgning i den konkrete situation.

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Grandt har gjort gældende, at Rigspolitiets afvisning af Grandts anmodning om prækvalifikation sammenholdt med Rigspolitiets uddybende forklaringer i brevet af 3. maj 2022 viser, at Rigspolitiet er enig i, at Grandt har været berettiget til at anvende den engelsksprogede version af Rigspolitiets ESPD-skabelon i forbindelse med udarbejdelsen af sin ansøgning om prækvalifikation.

Rigspolitiets afvisning af Grandts ansøgning om prækvalifikation er således udelukkende begrundet i, at Grandt har udfyldt Rigspolitiets engelsksprogede ESPD-skabelon med oplysninger, der er angivet på engelsk og ikke på dansk.

Grandts ESPD-dokument indeholder ét enkelt udtryk på engelsk, idet Grandt i stedet for det dansk udtryk ”soliditetsgrad” har benyttet det tilsvarende engelsk udtryk ”Solvency Ratio”.

Det samme gælder ESPD-dokumentet fra Grandts underleverandør, der ligeledes er udarbejdet ved anvendelse af den engelsksprogede version af Rigspolitiets ESPD-skabelon.

Som led i beskrivelsen af de tilbudte referencer anvender ESPD-dokumentet fra Grandts underleverandør desuden en række engelske udtryk til at beskrive de produkter, som virksomheden tidligere har leveret til andre, jf. afsnit IV.C om ”Technical and professional ability”.

Rigspolitiet handler i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, når det sprogkrav, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsens afsnit IV.2.4 og efterfølgende modificeret i udbudsbetingelsernes afsnit 4.6, fortolkes sådan, at anvendelsen af enkelte engelske ord i ESPD-dokumenterne fra Grandt og Grandts underleverandør kvalificeres som manglende overholdelse af sprogkravet.

Rigspolitiet handler under alle omstændigheder i strid med proportionalitetsprincippet, når ansøgningen fra Grandt afvises med den begrundelse, at ESPD-dokumenterne fra Grandt og Grandts underleverandør indeholder engelske ord, eftersom der – hvis der overhovedet er tale om et forbehold – under alle omstændigheder kun er tale om et helt bagatelagtigt forbehold, der nemt kan prissættes.

Rigspolitiet var derfor forpligtet til at tage Grandts ansøgning om prækvalifikation i betragtning.

Rigspolitiets afvisning af Grandts ansøgning om prækvalifikation er baseret på en antagelse om, at ligebehandlingsprincippet forpligter Rigspolitiet til at afvise ansøgningen, men denne antagelse bygger på en forkert fortolkning af udbudslovens § 159, stk. 5 og 6, og lovbemærkningerne hertil.

Af lovbemærkningerne fremgår, at udarbejdelsen af et ESPD-dokument ikke betragtes som en væsentlig byrde for ansøgerne, hvorfor en ordregiver uden at tilsidesætte ligebehandlingsprincippet kan anmode en ansøger om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre oplysninger i et ESPD-dokument, efter ansøgningsfristens udløb, og tilmed kan anmode en ansøger om at fremsende et ESPD-dokument, efter ansøgningsfristens udløb.

Som en undtagelse fra denne hovedregel gælder dog, at ordregiver er afskåret fra at anvende proceduren i udbudslovens § 159, stk. 5, hvis det af udbudsmaterialet udtrykkeligt fremgår, at en konkret fejl eller mangel vil medføre afvisning, jf. udbudslovens § 159, stk. 6. Rigspolitiet er derfor berettiget til at anmode Grandt om at genfremsende de to ESPD-dokumenter med alle engelske ord oversat til dansk, medmindre det af udbudsmaterialet udtrykkeligt fremgår, at anvendelsen af andre sprog end dansk i ESPD-dokumenterne vil medføre afvisning af ansøgningen.

Hverken udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne eller de svar på spørgsmål, som blev afgivet under udbudsproceduren, indeholder imidlertid en udtrykkelig bestemmelse om, at anvendelsen af andre sprog end dansk vil medføre afvisning af ansøgningen.

Tværtimod indeholder udbudsbetingelsernes afsnit 6.6.1 en udtrykkelig bestemmelse om, at Rigspolitiet forbeholder sig ret til at anvende fremgangsmåden i udbudslovens § 159, stk. 5 og 6, hvis et tilbud ikke opfylder udbudsmaterialets formelle krav. Et krav om anvendelse af dansk må netop kvalificeres som et formelt krav.

Rigspolitiet er derfor berettiget til at tage ansøgningen fra Grandt i betragtning, selv om de to ESPD-dokumenter indeholder engelske ord, idet Rigspolitiet om nødvendigt kan anmode Grandt om at genfremsende de to ESPD-dokumenter med alle engelske ord oversat til dansk.

Rigspolitiet er imidlertid ikke blot berettiget, men også forpligtet til at tage Grandts ansøgning om prækvalifikation i betragtning, idet anvendelsen af enkelte engelske ord i ESPD-dokumenterne fra Grandt og Grandts underleverandør ikke i sig selv kan kvalificeres som manglende overholdelse af det sprogkrav, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsens afsnit IV.2.4.

Anvendelsen af enkelte engelske ord i de to ESPD-dokumenter må tilskrives uklarheder i udbudsmaterialet, som Rigspolitiet bærer risikoen for.

Rigspolitiet anvender selv en lang række engelske ord i udbudsmaterialet som led i beskrivelsen af de produkter, som efterspørges, herunder blandt andet "Vehicle First Aid Kit", "Group First Aid", "Grabbag"-rygsæk, "twin pack Chest seal", "pocket-maske", "Modular Lightweight Load-carrying Equipment", "hook fabric", "loop fabric", "high visibility", "flight case", "Vehicle First Aid Kit" og "stow away"-bælterem, og udbudsmaterialet viser, at Rigspolitiet udmærket var i stand til at håndtere udbudsprocessen på såvel dansk som engelsk, eftersom ansøgerne kunne stille spørgsmål på engelsk, ligesom der kunne afholdes orienteringsmøde på engelsk.

Det fremgår således ikke af udbudsmaterialet, hvor grænsen går mellem gængse engelske termer, der gerne må anvendes, og "komplette produktbeskrivelser", der ifølge Rigspolitiet overskrider grænsen for det acceptable.

At der foruden Grandt også var to andre virksomheder, som indleverede ESPD-dokumenter, der indeholdt engelske ord, og hvis ansøgninger derfor blev afvist som ukonditionsmæssige, bestyrker den opfattelse, at sprogkravet var uklart.

Sprogkravet i udbudsbekendtgørelsens afsnit IV.2.4 gælder både for ansøgninger og tilbud, men har i sagens natur først og fremmest betydning for tilbuddene, eftersom en meget stor del af det ESPD-dokument, som indgår i en ansøgning, udarbejdes ved afkrydsning i en skabelon.

Sprogkravet skal sammenholdes med, at udbudsmaterialet indeholder en engelsksproget ESPD-skabelon, som ansøgerne var berettigede til at anvende.

ESPD-dokumentets funktion tilsiger også, at der er tale om et dokument, der udgør ”dokumentation”, og som derfor i henhold til udbudsbetingelsernes afsnit 4.6 kan vedlægges på engelsk. ESPD-dokumentet skal således netop dokumentere, at ansøgeren ikke er omfattet af de fastsatte udelukkelsesgrunde og opfylder de fastsatte mindstekrav til egnethed, ligesom det skal dokumentere ansøgerens grad af opfyldelse af de fastsatte kriterier for begrænsning af antallet af kvalificerede ansøgere.

Under alle omstændigheder er der grundlag for at skelne mellem ESPD-dokumentet fra Grandt og ESPD-dokumentet fra Grandts underleverandør. ESPD-dokumentet fra Grandt kan muligvis betragtes som selve ansøgningen og ikke som ”dokumentation” for ansøgningen, men ESPD-dokumentet fra Grandts underleverandør må under alle omstændigheder kvalificeres som ”dokumentation”, eftersom dette ESPD-dokument netop skal vedlægges som et bilag til Grandts ansøgning med henblik på at dokumentere kapaciteten hos de virksomheder, som Grandt baserer sin ansøgning på.

Grandts ESPD-dokument indeholder kun ét engelsk udtryk, nemlig ”Solvency Ratio”. Grandts ESPD-dokument ”genbruger” på dette punkt blot det udtryk, som anvendes i den engelsksprogede version af Rigspolitiets ESPD-skabelon, som Grandt var berettiget til at anvende. Brugen af ordet ”Solvency Ratio” kan derfor ikke i sig selv kvalificeres som manglende overholdelse af sprogkravet.

Anvendelsen af engelske ord i de to ESPD-dokumenter kan ikke medføre afvisning af Grandts ansøgning, eftersom der – hvis der overhovedet er tale om et forbehold – under alle omstændigheder kun er tale om et helt bagatelagtigt forbehold, der nemt kan prissættes, jf. det grundlæggende proportionalitetsprincip i udbudslovens § 2.

Undersøgelsen af, om ansøgerne har erfaring med flere forskellige typer sammenlignelige transporttasker til politi, forsvar, beredskaber og lignende, påvirkes ikke af, om der benyttes dansk eller engelsk, idet det først og fremmest vil være oplysningen om ordregiver for den pågældende reference, som er afgørende for vurderingen af referencens relevans.

Denne forståelse bekræftes af referencelisterne fra de prækvalificerede virksomheder, som Grandt har fået aktindsigt i.

Det vil heraf ses, at produktbeskrivelserne og detaljeringsgraden i produktbeskrivelserne er meget forskellige og derfor ikke på nogen måde sammenlignelige, selv om det anvendte sprog er dansk.

Det kan ikke komme Grandt til skade, at Grandt – i modsætning til de virksomheder, som er blevet prækvalificeret – har suppleret sine oplysninger om, at der er leveret ”back pack”, ”duffel” og ”delivery bag” med en række præcise beskrivelser af disse forskellige transporttasker på engelsk. Rigspolitiet kan således vælge blot at se bort fra disse supplerende beskrivelser eller acceptere dem som supplerende ”dokumentation”, der netop gerne må indleveres på engelsk, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 4.6. Den fejl, som Rigspolitiet i givet fald kan bebrejde Grandt, består således alene i brugen af ordene ”back pack”, ”duffel” og ”delivery bag”.

Sammenfattende har Grandt gjort gældende, at anvendelsen af engelske ord i Grandts ESPD-dokumenter udgør en bagatelagtig fejl, eftersom der er tale om ganske få ord, som Rigspolitiet må antages at kunne forstå, uden at det er nødvendigt at oversætte dem, og som derfor ikke er til hinder for, at Rigspolitiet kan sammenligne referencelisterne i de indkomne ansøgninger.

Rigspolitiet har gjort gældende, at det som et formkrav er fastsat, at sproget for udbuddet er dansk, og at dokumenter skal indleveres på dansk. En interesseret virksomhed kan naturligvis anvende den sprogudgave af ESPD-skabelonen, som virksomheden foretrækker, men de tekststykker, som virksomheden vælger at udfylde skabelonen med til Rigspolitiet, skal være på dansk. Dette er et sagligt krav bl.a. af hensyn til sammenligneligheden af de indkomne ansøgninger og tilbud og af hensyn til de fageksperter, som skal foretage evalueringen. Det er ubestridt, at Grandt indleverede to ESPD’er, som ikke var på dansk, men på engelsk. Da Grandts ansøgning dermed ikke opfyldte sprogkravet, var Rigspolitiet forpligtet – og under alle omstændigheder berettiget – til at afvise Grandts ansøgning som ukonditionsmæssig, hvilket også er i overensstemmelse med praksis, jf. klagenævnets kendelse af 30. marts 2021, Vestdavit A/S mod FMI.

Rigspolitiet kan ikke tiltræde Grandts argumentation, hvorefter de to ESPD’er ikke er ”dokumenter”, men ”dokumentation”, og hvorefter sprogkravet er uklart.

European Single Procurement *Document* – eller på dansk det fælles europæiske udbudsdokument – er i relation til ansøgning om prækvalifikation et dokument (en egenerklæring), og de indleverede ESPD'er skulle være udfyldt på dansk. Det gør ingen forskel, om der er tale om Grandts eget ESPD eller ESPD'en for 5.11 Inc., og det var heller ikke uklart, at der for ESPD'erne var et formkrav om anvendelse af dansk.

I udbudslovens § 151, stk. 1, sondres mellem ESPD'en og dokumentationen herfor, og Rigspolitiet har anvendt samme systematik.

Det er faktisk forkert, at Rigspolitiet havde uploadet en engelsk ESPD-skabelon. Rigspolitiet havde uploadet en dansk ESPD-skabelon. Grandt og 5.11 Inc. udfyldte en engelsksproget ESPD-skabelon, fordi det er den sprogindstilling, de selv har valgt at anvende i EU-Supply. Den omstændighed, at Rigspolitiet i beskrivelsen af, hvad udbuddet omfatter, har anvendt tre engelske produktbetegnelser, fordi der i dagligt fagsprog også i Danmark anvendes disse engelske termer, medfører heller ingen uklarhed om sprogkravet.

Der er derfor ingen af Grandts betragtninger om, at en ESPD ikke er et "...dokument...", og/eller at sprogkravet var uklart, der kan føre til et andet resultat end, at Grandts ansøgning var ukonditionsræssig.

Anvendelsen af engelsk i de to ESPD'er var ikke bagatelagtig, allerede fordi ESPD'erne i det hele var udfyldt på engelsk.

Teksten var ikke sammenlignelig med andre indgivne ansøgninger på dansk, og der er heller ikke tale om en opstilling af produkter, som svarer til de tre tasketyper, hvor Rigspolitiet i udbudsmaterialet havde anvendt de engelske termer, fordi de engelske termer også i Danmark er almindeligt fagsprog.

Det er altid en ordregivers suveræne valg, om der skal stilles krav om anvendelse af dansk sprog i forbindelse med ansøgninger eller tilbud, så længe et sådant krav ikke stilles for at diskriminere eller for at varetage andre usaglige hensyn. Det gøres i tillæg hertil gældende, at sprogkravet både var og er sagligt, allerede fordi Rigspolitiets mulighed for at forstå – og ikke mindst sammenligne – referencerne (på tværs) besværliggøres i endog meget stor grad, når der laves komplette produktbeskrivelser på engelsk som ovenfor angivet.

Sprogkrav er et formkrav, som ordregiveren er berettiget til at opstille, og ikke mindstekrav, som ansøgeren i en prækvalifikationsfase kan tage forbehold for og prissætte.

At Rigspolitiet i afvisningsbrevet af 26. april 2022 til Grandt formulerede sig sådan, at Rigspolitiet var forpligtet til at afvise ansøgningen, er ikke af betydning. Rigspolitiet havde (måske) i henhold til udbudslovens § 159, stk. 5, 1. pkt., en ret til at give alle, som havde indgivet ansøgning på engelsk, mulighed for at berigtige dette, men det var ingen pligt, jf. herom også klagenævnets kendelser af 23. marts 2022, Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S, 9. september 2015, Parkwind N.V. mod Energistyrelsen, og 30. oktober 2013, European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT.

Da Rigspolitiet afviste alle ansøgninger indgivet på andre sprog end dansk, har Rigspolitiet heller ikke tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved ikke at give Grandt – og de øvrige afviste ansøgere – mulighed for at berigtige ansøgningerne til dansk. Efter Rigspolitiets opfattelse ville det i øvrigt være ensbetydende med, at de tre ansøgere fik mulighed for at indgive nye ansøgninger.

De engelske og dansk/engelske termer, som Rigspolitiet har anvendt dels ved angivelsen af taskernes navne (f.eks. en VFAK og en ”Grabbag”-rygsæk), dels i kravspecifikationerne (f.eks. en ”stow away”-bælterem), er anvendt, fordi det er de termer markedet anvender, og fordi en ”fordanskning” foretaget af Rigspolitiet ville kunne misforstås.

ESPD’erne er i det hele udfyldt på engelsk, herunder med ord/sætninger/termer, som ikke er de fagtermer Rigspolitiet selv har anvendt som en del af udbudsmaterialet og som heller ikke er almindelige låneord, men i det hele taget bare engelsk.

Det har heller ikke relevans, at Rigspolitiet tillod og kunne håndtere spørgsmål på engelsk og et orienteringsmøde på engelsk, da det ikke ændrer ved, at sprogkravet i forbindelse med ansøgning om prækvalifikation var dansk, og at dette var baseret på saglige hensyn.

Grandts synspunkter kan sammenfattes til, at Rigspolitiet som følge af et proportionalitetsprincip ikke alene var berettiget, men også forpligtet til at anmode Grandt om at berigtige ansøgningen til dansk. Synspunktet har ingen

retskildemæssig støtte. Rigspolitiet havde måske en ret, men bestemt ingen pligt til at anmode Grandt – eller andre ansøgere – om at berigtige ansøgninger indgivet på andre sprog end dansk til dansk, ligesom noget sådan meget vel kunne have givet disse ansøgere en konkurrencemæssig fordel – især fordi ændrede termer kan dække over ændret indhold. Det var netop derfor, Rigspolitiet kun ville have ét sprog, når der skulle foretages en sammenligning af ansøgninger på tværs. Der kunne opstå tvivl om, hvorvidt oversættelserne i givet fald var retvisende, eller om der reelt ville være tale om nye ansøgninger, og der kunne også være en lang række ansøgere, der under de præmisser i givet fald – af forskellige individuelle årsager – også kunne have ønsket at ansøge på engelsk (eller andre sprog) med efterfølgende mulighed for berigtigelse. Herunder som et oplagt eksempel den virksomhed, der spurgte om ansøgning og tilbud skulle være på dansk, og som afstod fra at indgive en ansøgning.

Virksomheden 37,3 Grader A/S og dennes støtteenhed har udfyldt ESPD'erne på dansk og kun anvendt få engelske fagtermer og låneord i stedet for at forsøge at fordanske disse fagtermer og låneord. De få steder, hvor 37,3 Grader ApS har anvendt disse fagtermer og låneord, er de alle anvendt i citationstegn.

Ad påstand 3 og 4

Grandt har gjort gældende, at det i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne som mindstekrav til teknisk og faglig formåen er fastsat, at ansøgerne skal angive mindst to og højst fem relevante referencer. I udbudsbetingelserne er desuden fastsat, at forskellige leverancer under en rammeaftale eller kontrakt vil blive anset som én reference. Desuden må de angivne referencer ikke være ældre end tre år regnet fra anmodningsfristens udløb og ikke vedrøre fremtidige leverancer.

Virksomheden 37,3 Grader A/S er Rigspolitiets hidtidige leverandør af transporttasker. 37,3 Grader A/S har angivet rammeaftalen med Dansk Politiv/Rigspolitiet som sin første reference i referencelisten. I tilknytning til denne reference har 37,3 Grader A/S oplyst datoen 22. februar 2022 i datofeltet ”End date”. Grandt antager, at dette er datoen for udløbet af den tidligere rammeaftale med Rigspolitiet, og ikke – som foreskrevet i udbudsbetingelsernes afsnit 5.3.3.3 – datoen for den senest udførte leverance til Rigspolitiet.

Da referencen ikke opfylder det fastsatte formkrav (og muligvis heller ikke opfylder kravet om, at der er sket levering på rammeaftalen inden for de seneste tre år) kan den ikke tages i betragtning ved vurderingen af, om 37,3 Grader A/S har opfyldt det fastsatte mindstekrav om mindst 2 relevante referencer.

37,3 Grader A/S har ud over rammeaftalen med Rigspolitiet angivet fire referencer, der alle vedrører leverancer til Bundeswehr i Tyskland. 37,3 Grader A/S har for disse leverancer alene anført én dato (og ikke både en startdato og en dato for seneste leverance), hvorfor der må antages at være tale om konkrete leveringsaftaler.

Grandt antager imidlertid, at der må være tale om konkrete leveringsaftaler under én og samme overordnede rammeaftale eller kontrakt med Bundeswehr.

Ved vurderingen af, om 37,3 Grader A/S opfylder det fastsatte mindstekrav om mindst to relevante referencer, kan disse fire referencer derfor alene tælle som én reference, jf. udbudsbetingelserne afsnit 5.3.3.3.

Sammenfattende har Grandt derfor gjort gældende, at virksomheden 37,3 Grader A/S alene har angivet én relevant reference og derfor ikke opfylder det fastsatte mindstekrav om mindst to relevante referencer.

Rigspolitiet har gjort gældende, at det var berettiget til at lægge til grund, at oplysningerne i 37,3 Grader A/S' ESPD angiver datoen for den seneste leverance under den ophørende løbende kontrakt (rammeaftale) med Rigspolitiet, og Rigspolitiet er under alle omstændigheder berettiget til at lægge til grund, at referencen beskriver leverancer inden for de seneste tre år. Der er løbende sket leverancer inden for de seneste tre år. Selv hvis det måtte forholde sig sådan, at den 22. februar 2022 er datoen for kontraktens ophør og ikke datoen for seneste leverance, var angivelse af datoen for seneste leverance ikke noget krav. Der var alene tale om ét udvælgelseskriterium blandt flere, som ansøgeren burde, men ikke skulle, oplyse. Oplysningen kunne have betydning for Rigspolitiets relevansvurdering, men der var ikke tale om noget diskvalificerende forhold, da det diskvalificerende forhold i stedet var, at referencen i det hele taget ikke måtte være ældre end 3 år.

Rigspolitiet har ikke behandlet 37,3 Grader A/S' leverancer til det tyske Bundeswehr, herunder KSK, som fire referencer, men som to. Der er tale om to af hinanden uafhængige kontrakter. Idet oplysningerne er undtaget fra aktindsigt, fremstår det for Grandt sådan, at der er tale om fire referencer, fordi begge referencer både er beskrevet i ESPD'et for 37,3 Grader A/S og ESPD'et for virksomhedens støtteenhed. Det er desuden ikke rigtigt, at der kun er angivet en dato for disse to referencer.

Påstand 3 og 4 skal derfor heller ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

I udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2.4 er det fastsat, at ansøgninger om prækvalifikation og tilbud skal affattes på dansk. Af udbudsbetingelsernes afsnit 4.6 fremgår desuden: "Alle henvendelser, spørgsmål og dokumenter skal være på dansk. Dokumentation, certifikater o.l. kan dog vedlægges på dansk, norsk, svensk eller engelsk." Endelig fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 4.7, at der under udbudsproceduren kan stilles spørgsmål på dansk eller engelsk.

Rigspolitiet fastholdt den 16. marts 2022 som svar på et spørgsmål under udbudsprocessen, at det sprog, der måtte benyttes ved afgivelse af ansøgninger og tilbud, var dansk.

Rigspolitiet havde udarbejdet en dansk ESPD-skabelon, som Grandt imidlertid valgte at udfylde med anvendelsen af den engelsksprogede udgave af dokumentet. Grandt – og den virksomhed, som Grandt støttede sig på, 5.11 Inc. – valgte de steder, hvor ESPD'erne skulle udfyldes ikke bare ved afkrydsning, men med tekst, at anvende engelsk som gengivet ovenfor.

Ansøgeren bærer risikoen for, at ordregiveren vælger ikke at forsøge at udnytte den fakultative bestemmelse i udbudslovens § 159, stk. 5.

Rigspolitiet var derfor berettiget til at se bort fra Grandts ansøgning.

Det, som Grandt i øvrigt har anført, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstandene tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4

I udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3 var fastsat, at ansøgerne skulle angive mindst to og højst fem relevante referencer.

Virksomheden 37,3 Grader A/S havde som referencer angivet dels Rigspolitiet, dels to leverancer til Bundeswehr.

Af udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3 fremgår:

”Ansøgeren skal angive de betydeligste leverancer, der er udført inden for de seneste tre (3) år fra ansøgningsfristens udløb med relevans for den udbudte opgave med angivelse af beløb og tidspunkter for levering samt, om der er tale om en offentlig eller privat modtager.

...

Ansøgeren skal være opmærksom på, at forskellige leverancer under en rammeaftale eller kontrakt vil blive anset som én reference.

Bemærk venligst, at de angivne referencer ikke må være ældre end tre (3) år regnet fra anmodningsfristens udløb og ikke må vedrøre fremtidige leverancer. Ansøgeren bør i ESPD’ets beskrivelsesfelt forklare, hvad der er leveret og i hvilken periode. Hvis referencen vedrører leveringer på en løbende rammeaftale eller i henhold til igangværende kontraktforhold, bør ansøgeren i datofeltet i ESPD angive datoen for den seneste udførte leverance.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 5.3.3.3 fastsættes om ”Teknisk og faglig for-måen” i ESPD bl.a.:

”Ansøgeren skal udfylde følgende:

Ansøgeren skal angive de betydeligste leverancer, der er udført inden for de seneste tre (3) år fra ansøgningsfristens udløb med relevans for den udbudte opgave med angivelse af beløb og tidspunkter for levering samt, om der er tale om en offentlig eller privat modtager.”

I tilknytning til referencen til Rigspolitiet har 37,3 Grader A/S oplyst datoen 22. februar 2022 i datofeltet ”End date”. Rigspolitiet har været berettiget til

at lægge til grund, at dette dækkede leverancer inden for de seneste tre år før ansøgningsfristen, hvilket opfylder de fastsatte krav.

Med de to referencer til Bundeswehr har 37,3 Grader A/S således opfyldt de fastsatte krav til referencer.

Påstandene tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Grandt Defense ApS skal i sagsomkostninger til Rigspolitiet betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig