

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Fitness Engros A/S
(advokat Henrik Holtse, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat David Klæsøe-Lund, København)

Klagenævnet har den 21. april 2023 modtaget en klage fra Fitness Engros A/S ("Fitness Engros").

Fitness Engros har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-4 og svarskrift med bilag A-J.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder – foruden påstanden om opsættende virkning – følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med udbudslovens § 40, stk. 4, samt ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, ved at anvende et teknisk mindstekrav, som kun kan opfyldes af en bestemt tilbudsgiver grundet en patentrettighed, hvorved der forhindres lige adgang til udbuddet, og det udgør en ubegrundet hindring for åben konkurrence.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens 2, ved at anvende en pointmodel for evaluering af kvalitet, der er konkret tilpasset en bestemt tilbudsgiver.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere udbuddet.”

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

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 051-151565 af 8. marts 2023, offentliggjort den 13. marts 2023, genudbød FMI som offentligt udbud en rammeaftale om indkøb af ”Supply and sustainment of Training Equipment, Training Rigs and Container Gyms/rigs” til en værdi af 35.000.000 kr.

Udbudsmaterialet

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

”II.2.4) Beskrivelse af udbuddet

The Danish Ministry of Defence Acquisition and Logistics Organisation (DALO) needs to buy new training equipment (resistance training machines/racks/platform (stationary products), training equipment (moveable), training equipment (accessories), cardiovascular equipment and Training Rigs and Container Gyms/Rigs as well as spare parts, services and maintenance for the Danish Ministry of Defence, the Danish Defence, the Home Guard (Hjemmeværnet), and the Danish Emergency Management Agency (Beredskabsstyrelsen). The Buyer’s training equipment, training rigs and container gyms/rigs will be used by all units covering both land and sea. Among other things, the training equipment, training rigs and container gyms/rigs will support the Danish Defence’s training concept named Military Physical Training (MFT) which focuses

on the soldier's ability to be physically ready for combat in multiple scenarios. This involves using the equipment in both traditional and nontraditional ways to achieve the specific preparation of the soldier's ability to perform on the battlefield. This also implies physical tests and competition activities. Furthermore, some of the training equipment, training rigs and container gyms/rigs will be used during deployment in international operations. The users of the training equipment, training rigs and container gyms/rigs range from novices, basic training units to the training of elite units. The range of possible usages of the training equipment, training rigs and container gyms/rigs affects the requirements of the equipment, and consequently special technical, environmental and power requirements are listed. Furthermore as the span of users covers all levels, the training equipment, training rigs and container gyms/rigs shall be operational by any person regardless of technical insight."

I "Instructions to Tenderers" er det bl.a. fastsat:

"7. EVALUATION

7.1 Award criteria

The Contract will be awarded on the basis of the award criterion the best price-quality ratio. In the evaluation of the offers, DALO will use the following sub-criteria with the specified weighting:

1. Price 30 %
2. Evaluation Requirements 20 %
3. Test 50 %

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

7.2 Evaluation method

In order to determine which offer has the best price-quality ratio. DALO will use a scoring model with fixed financial frame (linear point model) to compile the sub-criteria "Price", "Evaluation requirements" and "Test". The evaluation method is described in detail in Enclosure 2.

Each criterion stated in clause 7.1 will be evaluated as follows:

Re. 1: Price 30 %: See Enclosure 2.

Re. 2: Evaluation Requirements 20 %: See Enclosure 2.

Re. 3: Test 50 %: See Enclosure 2."

Af Appendix A, "Requirements Specification", fremgår følgende:

"...

1.4 Usage

...

The users of the training equipment, training rigs and container gyms/rigs range from novices, basic training units to the training of elite units. The range of possible usages of the training equipment, training rigs and container gyms/rigs affects the requirements of the equipment, and consequently special technical, environmental and power requirements are listed. Furthermore as the span of users covers all levels, the training equipment, training rigs and container gyms/rigs shall be operational by any person regardless of technical insight.

...

2.1 Classification

Each requirement is classified as "Mandatory Requirement" or "Evaluation Requirement" in the classification column. Mandatory Requirements are marked with "M". Evaluation Requirements are marked with "E".

Classification ID	Description
M	A mandatory requirement must be fulfilled by the tenderer. If a mandatory requirement is not fulfilled, the offer will be excluded from further evaluation
E	Evaluation Requirement. These requirements will be evaluated by DALO

...

Id. No.	Requirement description	Classification	Documentation	Requirement	DALO comments
---------	-------------------------	----------------	---------------	-------------	---------------

...

6 Requirements for training equipment (moveable):

...

80.	Dumbbells The Dumbbells shall have rotating handles in the range of minimum 30-50 kg.	M	Y/N		
81.	Dumbbells The Dumbbells should have rotating handles in the range of 10-30 kg.	E	Y/N		Yes = 5 points and No = 1 point.
82.	Dumbbells The Dumbbells, with rotating handles, should have bearings or bushings in the handles for a smooth rotation.	E	Y/N		Yes = 5 points and No = 1 point.

...

92.	Barbell for weightlifting. The Product should have a tensile strength rating of 195,000 PSI or above.	E	Y/N, D	The linear scale is 195,000 – 215,000. 1 point for 195,000 PSI 5 points for 215,000 PSI or above.
-----	---	---	--------	---

...

135.	Squat Rack (relocatable). The barbell holders should have "rollers" made of plastic or similar to protect the knurling on the barbell.	E	Y/N	Yes = 5 points and No = 1 point.
------	--	---	-----	----------------------------------

...

8 Requirements for Cardiovascular equipment

...

271.	Treadmill. The Product should have a maximum speed of 23 km/h or above.	E	Y/N, D	The linear scale is 23 – 25.5 km/h 1 point for 23 km/h 5 points for 25.5 km/h or above Documentation: The tenderer must provide documentation of maximum speed in the form of a product specification from the manufacturer or a test report from an unbiased third party, for instance a compliance assessment body.
------	---	---	--------	--

...”

Spørgsmål under udbudsprocessen

Det var under udbudsprocessen muligt at stille spørgsmål til udbudsmaterialet.

FMI har oplyst, at der den 29. marts 2023 blev stillet følgende spørgsmål:

”The Dumbbells shall have rotating handles in the range of minimum 30-50 kg.” = M

You have made it a mandatory requirement that there must be rotating handles on the dumbbells from 30-50 kg. From the 10-30 kg you have set as "Evaluation requirement".

Here we would like to object to the tender, and request that you change it to "E" on the dumbbells from 30-50 kg, so that it is also not a requirement exactly as with the 10-30 kg. The solution exactly here points to the existing supplier, who makes us unable to accommodate being able to deliver on the rotating dumbbells and therefore will request that you change the classification.”

FMI besvarede spørgsmålet den 31. marts 2023 således:

”The reason for the requirement regarding rotating handles concerns both the biomechanical and ergonomic conditions that apply to certain types

of exercises (primarily ballistic) that form part of the physical training in the Danish Armed Forces.

The requirement for rotating handles is thus included for reasons of 1) optimal conditions in terms of being able to carry out specific exercises, and 2) safety considerations for the users.

DALO is also aware that there are several different models on the market from several different manufacturers that perfectly meet the requirements regarding rotating handles.

For these reasons, DALO does not want to change the requirement.”

De modtagne tilbud

Inden for tilbudsfristen den 21. april 2023 modtog FMI fire tilbud, herunder fra Eleiko Group Ab (”Eleiko”). Dokumenterne fra tilbuddene er alene fremlagt for klagenævnet, da dokumenterne ifølge FMI indeholder forretningsfølsomme oplysninger, som FMI tidsmæssigt ikke har haft mulighed for at høre tilbudsgiverne om.

FMI har i anonymiseret form gengivet oplysninger fra tilbuddene, så Fitness Engros har haft mulighed for at forholde sig hertil.

Det fremgår af tilbuddet fra Eleiko, at virksomheden opfylder 5 ud af de 15 evalueringskrav med produkter, som ikke er Eleikos egne.

Samtlige fire tilbudsgivere opfylder mindstekrav nr. 80 og evalueringskravene i nr. 82, 92, 135 og 271.

For krav nr. 80 og nr. 82 har tilbudsgiverne tilbudt følgende produkter:

Produkter	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver
	1	2	3	4
Dumbbell, ro-tating	Watson	Eleiko	Mastersport	ZIVA

For krav nr. 92 har tilbudsgiverne tilbudt følgende produkter:

Produkter	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver
	1	2	3	4
Barbell	MM Custom Gym	Eleiko, IWF	Rogue, IWF	ZIVA

For krav nr. 135 har tilbudsgiverne tilbudt følgende produkter:

Produkter	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver
	1	2 (Eleiko)	3	4
Squat Rack (relocatable)	FT360	Eleiko	Knäböj/bänkpress-ställning DK (Mærke er ukendt)	Eleiko

For krav nr. 271 har tilbudsgiverne tilbudt følgende produkter:

Produkter	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver	Tilbudsgiver 3	Tilbudsgiver 4
	1	2		
Treadmill	Technogym	Precor	True	Matrix Fitness

Evaluering

FMI har oplyst, at tilbudsgiverne er tildelt følgende point:

Point til leverandører	Tilbudsgiver 1	Tilbudsgiver 2 (Eleiko)	Tilbudsgiver 3	Tilbudsgiver 4
Kvalitet	Y/N	Y/N	Y/N	Y/N
92	Y (215.000)	Y (236.000)	Y (215.000)	Y (230.000)
99	Y (215.000)	Y (236.000)	Y (215.000)	Y (230.000)

271	Y (25 km/t.)	Y (25,5 km/t.)	Y (27 km/t.)	Y (23 km/t.)
135	Y	Y	Y	Y
322	N	Y	Y	N
81	N	Y	Y	Y
82	Y	Y	Y	Y
90	Y	Y	Y	Y
97	Y	Y	Y	Y
107	Y	Y	Y	Y
179	Y	Y	Y	N
181	Y	Y	Y	Y
226	Y	Y	Y	Y
83	Y	Y	Y	Y
56	N	Y	Y	N
Kvalitet	Point	Point	Point	Point
92	5	5	5	5
99	5	5	5	5
271	4,2	5	5	1
135	5	5	5	5
322	1	5	5	1
81	1	5	5	5
82	5	5	5	5
90	5	5	5	5
97	5	5	5	5
107	5	5	5	1
179	5	5	5	1
181	5	5	5	5
226	5	5	5	5
83	5	5	5	5
56	1	5	5	1
Samlet point (før vægtning)	4,15	5,00	5,00	3,67
Samlet point (efter vægtning)	4,16	5	5	3,84

Eleikos patent

Fitness Engros har gjort gældende, at mindstekrav nr. 80 svarer til følgende patent, som Eleiko fik den 1. marts 2022:

”Dumbbell with rotating grip

Patent number: 11260258

Abstract: A dumbbell having a shaft, first and second dumbbell heads, respectively fixedly connected to first and second ends of the shaft, a tube-shaped hollow grip rotatably arranged around the shaft having first and second ends. An inner diameter of the grip is greater than an outer cross-sectional dimension of the shaft. The dumbbell further having a first ball bearing and a second ball bearing, wherein an outer ring of the first ball bearing is connected to the first dumbbell head, and an inner ring of the first ball bearing is fixedly arranged to the first end of the hollow grip, and an outer ring of the second ball bearing is connected to the second dumbbell head, and an inner ring of the second ball bearing is fixedly arranged to the second end of the hollow grip.

Type: Grant

Filed: November 1, 2019

Date of Patent: March 1, 2022

Assignee: Eleiko Group AB
Inventors: Roy Simonson, Camilla Schough”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Fitness Engros har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

FMI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Fitness Engros gjort gældende, at krav nr. 80 er i strid med udbudslovens § 40, stk. 4, idet det indebærer, at tilbudsgiverne ikke har lige adgang til udbuddet, hvilket udgør en ugrundet hindring for en åben og lige konkurrence.

Kravet er endvidere i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, idet det er indsat for at give den eksisterende leverandør, Eleiko, en konkurrencemæssig fordel i forhold til andre. Der er ikke angivet en saglig grund for mindstekravet, og det har ikke tidligere været anvendt, hvorfor det fremstår som indsat for at hindre andre end Eleiko i at afgive tilbud.

Eleiko fik den 1. marts 2022 et patent på roterende håndvægte. Krav nr. 80 fastsætter, at håndtaget på håndvægten skal kunne rotere i stedet for at være fast, og det svarer nøjagtigt til Eleikos patent. Hvis andre skal afgive tilbud med opfyldelse af mindstekravet, er det på den baggrund nødvendigt at købe håndvægtene af Eleiko. Det udgør en ulige konkurrence, og det er ikke sikkert, at Eleiko vil sælge deres patenterede produkt til deres konkurrenter.

Særligt vedrørende påstand 1 har FMI gjort gældende, at krav nr. 80 er sagligt, proportionalt og velbegrundet henset til FMI's behov for at sikre den nødvendige fysiske træning af både militært og civilt personel.

Det er ikke korrekt, at krav nr. 80 nøjagtigt svarer til Eleikos patent, og at det er nødvendigt for andre tilbudsgivere, hvis de skal afgive tilbud med opfyldelse af mindstekravet, at købe håndvægtene af Eleiko på grund af Eleikos patentrettigheder.

Kravet om roterende håndtag i håndvægtene er fastsat på baggrund af biomekanik og ergonomi. Ved visse typer træningsøvelser – primært ballistiske øvelser med eksplosiv udførelse – vil der opstå et inertimoment, som skal ”absorberes”/modvirkes et eller andet sted. Dette kan foregå i håndvægten, hvis håndtaget kan rotere, eller ved brug af muskelkraft og dermed i kroppens væv, hvis håndvægten ikke roterer. En håndvægt, der ikke har roterende håndtag, kan således være den begrænsende faktor for udførelsen af visse øvelser enten med høj hastighed eller med høj belastning, hvor drejningsmomenterne er store. Håndvægte med roterende håndtag udvider således øvelsessortimentet, hvilket er relevant for den træning, der praktiseres i Forsvaret, ligesom håndvægte med roterende håndtag er mere skånsomme for brugeren.

Gennemgangen af de fire modtagne tilbud har vist, at samtlige fire tilbudsgivere opfylder såvel krav nr. 80 som krav nr. 82, og at det alene er Eleiko, der opfylder kravene med Eleiko-produkter. De tre øvrige tilbudsgivere opfylder kravene med hvert sit produkt (dvs. fra hver sin fabrikant), som ikke er Eleiko-produkter. Ved en simpel Google-søgning kan det endvidere konstateres, at minimum tre andre fabrikanter ud over Eleiko leverer håndvægte med roterende håndtag. Der er således på nuværende tidspunkt identificeret minimum seks produkter ud over Eleikos produkt, som opfylder krav nr. 80 og 82.

Det er derfor uden betydning, at Eleiko har et patenteret produkt, idet der minimum findes seks øvrige produkter på markedet, som kan opfylde krav nr. 80 og 82. Der er dermed mulighed for at opfylde kravet på mange andre måder end den løsning, der er beskrevet i Eleikos patent.

Udbudsmaterialet overholder på den baggrund udbudslovens § 40, stk. 4, da de tekniske specifikationer giver økonomiske aktører lige adgang til udbudet og ikke bevirker, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence. FMI er tillagt et bredt skøn ved fastlæggelsen af, hvordan den udbudte anskaffelse og kravene hertil bedst beskrives i udbudsmaterialet, og FMI har ikke overtrådt de udbudsretlige rammer for dette skøn.

Særligt vedrørende påstand 2 har Fitness Engros gjort gældende, at FMI har formuleret evalueringsforholdene således, at de er tilpasset Eleikos produkt-sortiment, hvilket udgør en ulige behandling af tilbudsgiverne i strid med udbudslovens § 2.

I relation til underkriteriet ”Evaluation Requirements” fremgår det af udbudsbetingelserne, at det vil blive evalueret ud fra kravene i kravspecifikationen. En række af disse krav er fastsat således, at de præcis passer til produktsortimentet hos Eleiko, hvorved Eleiko kan opnå maksimumpoint. Der synes ikke at være en saglig begrundelse for de opstillede evalueringsforhold.

I krav nr. 92, hvor der gives 5 point for 215.000 PSI eller derover, har Eleikos produkt netop 215.000 PSI.

For opfyldelsen af krav nr. 135 gives der 5 point. Det er kun Eleikos produkter, der opfylder dette krav.

For krav nr. 271 gives der point, hvis den maksimale hastighed overstiger 23 km/t. Det må anses for usædvanligt, at der er behov for at kunne løbe hurtigere end 23 km/t. Det er således uden betydning, om et løbebånd har en maksimal hastighed på 23 km/t. eller 25,5 km/t., da løbebåndene aldrig vil blive anvendt til hastigheder i det interval. Alligevel er det et forhold, som indgår med en betydelig vægt i evalueringen, hvilket klart er til fordel for Eleiko, der kan tilbyde et løbebånd med en tophastighed på 25,5 km/t., som således giver maksimumpoint.

Særligt vedrørende påstand 2 har FMI gjort gældende, at FMI ikke har formuleret evalueringskravene således, at de er tilpasset Eleikos produktsortiment. FMI er tillagt et bredt skøn ved fastlæggelsen af, hvordan den udbudte anskaffelse og kravene hertil bedst beskrives i udbudsmaterialet, og FMI har ikke overtrådt de udbudsretlige rammer for dette skøn. Evalueringskravene er saglige, proportionale og overholder de udbudsretlige regler, herunder sikrer de ligebehandling mellem tilbudsgiverne. Evalueringsmodellen er ikke tilpasset til Eleikos produktsortiment.

En gennemgang af de fire tilbud har vist, at der er en anden tilbudsgiver, som også – ligesom Eleiko – opfylder alle 15 evalueringskrav med maksimumpoint på 5 point. Derudover opfylder de to øvrige tilbudsgivere langt de fleste af evalueringskravene.

Eleiko og den anden tilbudsgiver, der har scoret maksimumpoint, har indkøbt flere produkter fra andre producenter. Eleiko tilbyder flere produkter til opfyldelse af evalueringskravene, som ikke er Eleikos egne produkter. Eleiko

opfylder således 5 ud af 15 evalueringskrav med produkter, der ikke er Eleikos egne produkter. Dette understøtter, at evalueringsmodellen ikke er skræddersyet til Eleikos produktsortiment.

I øvrigt er der en række andre produkter på markedet, som opfylder de stillede evalueringskrav, og det viser, at evalueringsmodellen giver gode muligheder for en åben og lige konkurrence om udbuddet.

Ad evalueringskrav nr. 92 – Barbells for weightlifting (vægtstænger)

FMI har et behov for, at vægtstængerne skal være af høj kvalitet og holdbarhed, hvilket skal sikre muligheden for optimal gennemførelse af den militære fysiske træning, og at udstyret kan holde til et stort slid i mange år.

Kvalitet og holdbarhed kan være svære at fastlægge i absolutte termer, men et godt og absolut mål kan være ”trækstyrke” (tensile strength), som siger noget om vægtstangens holdbarhed over tid, herunder hvor meget vægtstangen belastes, før den brækker. Trækstyrke angives i PSI. Generelt set er der en gængs opfattelse af, at jo højere trækstyrke vægtstangen har, jo mere kan vægtstangen holde til, og man skal efter FMI’s opfattelse helst over 200.000 PSI for at få en vægtstang med god kvalitet. PSI fortæller altså noget om stålets kvalitet og dermed vægtstangens kvalitet. Jo højere PSI, desto stærkere er vægtstangen.

Eleiko har tilbudt en vægtstang med 236.000 PSI. De øvrige tre tilbudsgivere opnår tillige maksimumpoint med andre produkter end Eleikos, hvilket viser, at evalueringsmodellen ikke er tilpasset til Eleikos produktsortiment. Der er i øvrigt en række andre produkter på markedet med 215.000 PSI eller mere.

Ad evalueringskrav nr. 135 – Squat Rack (relocatable) (squat stativ)

”Squat Rack, relocatable” er et stativ, som i sin primære funktion skal holde en vægtstang før og efter, at man har foretaget forskellige typer af løft, f.eks. ”squat” eller ”bænkpres”. Stativet skal kunne indstilles i forskellige højder og bredder i forhold til brug ved forskellige øvelser og forskellige kropsdimensioner – højde, bredde mv.

”Relocatable” hentyder til, at stativet er en form for ”light-udgave”, som nemt kan flyttes rundt, hvilket de primære racks ikke kan. På selve holderen,

hvor vægtstangen placeres – en såkaldt ”j-krog” – kan der være tilføjet en ”roller”, som giver mulighed for, at vægtstangen ubesværet kan sideforflyttes, mens den ligger i racket.

Der er to primære rationaler for at have ”rollers” på produktet, herunder 1) bedre mulighed for korrekt positionering af vægtstangen inden et løft (altså en faktor for træningsudbytte) og 2) beskyttelse af vægtstangens overflade (knurling), så det ikke er metal mod metal.

Ud af de fire tilbudsgivere er der en og højst sandsynligt to, som opfylder krav nr. 135 med et andet produkt end Eleikos. Det er derfor ikke korrekt, at det kun er Eleikos produkt, der opfylder kravet. Derudover kan det ved en simpel Google-søgning konstateres, at tre andre fabrikanter ud over Eleiko leverer et produkt, der opfylder kravet. Der er således på nuværende tidspunkt identificeret minimum fire og højst sandsynligt fem produkter ud over Eleikos produkt, som opfylder krav nr. 135. Dette viser, at evalueringsmodellen heller ikke for så vidt angår krav nr. 135 er tilpasset til Eleikos produktsortiment.

Ad evalueringskrav nr. 271 – Treadmill (løbebånd)

Fysisk træning i Forsvaret tager overordnet afsæt i 2 målsætninger, herunder 1) et fysisk mindstekrav for militære og visse civile ansættelser og 2) fysiske anbefalinger i forhold til at imødegå de daglige fysiske belastninger afhængig af den enkelte medarbejders funktion. Træningsdosering tager i begge henseender afsæt i individets aktuelle fysiske status, og der kan således ikke gives et præcist tal på, hvem eller hvor mange der skal træne med en given intensitet – og altså heller ikke i forhold til løbehastighed.

For at kunne gennemføre en varieret og målrettet fysisk træning, som beskrevet i koncept for Militær Fysisk Træning, er der dog et behov for at løbe/sprinte med en meget høj hastighed, hvilket indgår i flere af Forsvarets træningsprotokoller med højintensitetstræning. Der er således et rationale for, at løbebånd i Forsvaret skal kunne køre med høj hastighed.

Desuden viser intern erfaring hos Forsvaret, at løbebånd er et af de produkter, som ofte kræver vedligeholdelse eller reparation. Der ønskes derfor fokus på holdbarheden af løbebåndet. Dette kan være svært at opgøre i tal, men der er en generel opfattelse hos Forsvaret af, at en stærkere motor med høj ydeevne

også vil være mere holdbar, da den ofte ikke nødvendigvis vil køre med maksimal hastighed, hvorfor den relative belastning af motoren, hvis den har en høj maksimal ydeevne, vil være lavere ved hastigheder under makshastigheden. Dette formodes at udsætte eventuelle nedbrud. Der er ikke en eksakt grænseværdi for makshastighed, men den gængse opfattelse i Forsvaret er, at produkter med maksimale hastigheder på over 25 km/t. vil være mere holdbare.

Dette er baggrunden for, at FMI har valgt at give 5 point, hvis der tilbydes et løbebånd med maksimal hastighed på 25,5 km/t. eller højere. Det bemærkes, at menneskets tophastighed – indtil videre – er omkring 44 km/t.

Eleikos løbebånd har en tophastighed på 25,5 km/t. Det løbebånd, som Eleiko har tilbudt, er ikke Eleikos eget produkt, men fra fabrikanten Precor. Tilbudsgiver 3 vil ligeledes opnå maksimumpoint med et produkt fra True.

Evalueringsmodellen for så vidt angår krav nr. 271 er således heller ikke tilpasset til Eleikos produktsortiment, da Eleiko ikke har løbebåndet i sit produktsortiment, og da der er en række løbebånd på markedet, som har en makshastighed på 25,5 km/t. eller højere.

Særligt vedrørende påstand 3 har Fitness Engros gjort gældende, at udbuddet under henvisning til det anførte under påstand 1 og 2 skal annulleres, da udbudsmaterialet er uegnet til at danne grundlag for en tildelingsbeslutning.

Særligt vedrørende påstand 3 har FMI gjort gældende, at FMI efter det anførte under påstand 1 og 2 ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og at der således ikke er grundlag for at annullere udbuddet.

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på

Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet følgende:

Ad påstand 1

I Appendix A, "Requirements Specification", er det som mindstekrav nr. 80 fastsat:

"The Dumbbells shall have rotating handles in the range of minimum 30-50 kg."

De tekniske specifikationer skal ifølge udbudslovens § 40, stk. 4, give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet og må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence. Det fremgår af lovbemærkningerne bl.a., at ordregiveren i henhold til proportionalitets-

princippet alene kan fastsætte krav, der er nødvendige og passende for gennemførelsen af de tilsigtede formål. Ordregiveren kan fastsætte de tekniske specifikationer, således at det alene er visse økonomiske aktører, der har adgang til udbuddet, hvis disse krav er saglige. Ensartede økonomiske aktører skal dog have en lige adgang til udbudsproceduren. Ordregiveren må ikke i de tekniske specifikationer skabe ubegrundede hindringer for konkurrencen eller på andre måder kunstigt indsnævre denne. Som følge heraf vil det efter lovbemærkningerne alene være muligt for ordregiveren at fastsætte tekniske specifikationer, som har en konkurrencebegrænsende virkning, hvis ordregiveren kan anføre saglige grunde til at stille kravene.

FMI har om baggrunden for kravet anført, at håndvægte med roterende håndtag udvider øvelsessortimentet, hvilket er relevant for den træning, der praktiseres i Forsvaret, og at håndvægte med roterende håndtag er mere skånsomme for brugeren, jf. herved også FMI's besvarelse af spørgsmål under udbudsprocessen den 31. marts 2023.

Ordregivere har et bredt skøn ved opgørelsen af deres indkøbsbehov og ved fastlæggelsen af kravene til, hvordan disse skal opfyldes. Efter en samlet, foreløbig vurdering har klagenævnet ikke fundet grundlag for at antage, at krav nr. 80, som FMI har skønnet nødvendigt og passende for at opfylde indkøbsbehovet, ikke er sagligt og proportionalt.

Det er endvidere klagenævnets vurdering, at der heller ikke er grundlag for at antage, at kravet medfører, at ensartede økonomiske aktører ikke har haft en lige adgang til udbudsproceduren, eller at mindstekravet skaber ubegrundede hindringer for konkurrencen eller kunstigt indsnævrer denne i strid med udbudslovens § 40, stk. 4.

Klagenævnet har herved lagt vægt på det oplyste om baggrunden for kravet, at de øvrige tilbudsgivere tillige opfyldte kravet med produkter fra andre fabrikanter end Eleikos, og at der efter det oplyste også findes andre fabrikanter på markedet for træningsudstyr, der opfylder mindstekravet.

Det forhold, at Eleiko har et patenteret produkt, som kan opfylde krav nr. 80, kan ikke føre til et andet resultat, da der er mulighed for at opfylde kravet på andre måder end den løsning, der er beskrevet i Eleikos patent.

Udbudsmaterialet overholder på den baggrund udbudslovens § 40, stk. 4, da de tekniske specifikationer giver økonomiske aktører lige adgang til udbudet og ikke bevirker, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Påstanden vedrører spørgsmålet om, hvorvidt FMI har fastsat en pointmodel for evaluering af kvalitet, som er tilpasset Eleikos produktsortiment på en sådan måde, at virksomheden opnår maksimumpoint.

Ved fastsættelse af evalueringsmodellen har en ordregiver som udgangspunkt et vidt skøn, og en model kan alene tilsidesættes, hvis den strider mod de udbudsretlige regler og principper, herunder ligebehandlings- og gennemsigthedsprincippet.

Fitness Engros har til støtte for sin påstand nærmere henvist til evalueringskrav nr. 92, 135 og 271.

Ad evalueringskrav nr. 92 – Barbells for weightlifting

I ”Requirements Specification” er det i krav nr. 92 fastsat:

”Barbell for weightlifting.

The Product should have a tensile strength rating of 195,000 PSI or above.”

Det fremgår af kravet, at der gives maksimumpoint på 5 for 215.000 PSI eller derover.

FMI har om baggrunden for kravet anført, at FMI har et behov for, at vægtstængerne skal være af høj kvalitet og holdbarhed, hvilket skal sikre muligheden for optimal gennemførelse af den militære fysiske træning, og at udstyret kan holde til et stort slid i mange år. Trækstyrke angives i PSI. En vægtstang med høj trækstyrke kan holde til mere, og efter FMI's opfattelse skal man helst over 200.000 PSI for at få en vægtstang af god kvalitet.

Eleiko har tilbudt en vægtstang med 236.000 PSI. De øvrige tre tilbudsgivere opnår tillige maksimumpoint med andre produkter end Eleikos. Der er efter det oplyste i øvrigt en række andre produkter på markedet med 215.000 PSI eller mere.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering, at der ikke er grundlag for at antage, at evalueringsmodellen for så vidt angår krav nr. 92, som efter klagenævnets opfattelse er sagligt og proportionalt, er tilpasset Eleikos produktsortiment, således at virksomheden kan opnå maksimumpoint.

Ad evalueringskrav nr. 135 – Squat Rack (relocatable)

I ”Requirements Specification” er det i krav nr. 135 fastsat:

”Squat Rack (relocatable).

The barbell holders should have “rollers” made of plastic or similar to protect the knurling on the barbell.”

Det fremgår af kravet, at der gives maksimumpoint på 5, hvis kravet opfyldes og i modsat fald 1 point.

FMI har om baggrunden for kravet anført, at ”rollers” på produktet giver bedre mulighed for korrekt positionering af vægtstangen inden et løft og beskytter vægtstangens overflade, så det ikke er metal mod metal.

Efter indholdet af de modtagne tilbud, hvor der ifølge FMI er en tilbudsgiver og højst sandsynligt to, som opfylder krav nr. 135 med et andet produkt end Eleikos, og da der efter de foreliggende oplysninger er tre andre fabrikanter ud over Eleiko, som leverer et produkt, der opfylder krav nr. 135, som efter klagenævnets opfattelse er sagligt og proportionalt, er der ikke grundlag for at antage, at evalueringsmodellen for så vidt angår krav nr. 135 er tilpasset Eleikos produktsortiment, således at virksomheden kan opnå maksimumpoint.

Ad evalueringskrav nr. 271 – Treadmill

I ”Requirements Specification” er det i krav nr. 271 fastsat:

”Treadmill.

The Product should have a maximum speed of 23 km/h or above.”

Det fremgår af kravet, at der gives 1 point for 23 km/t. og maksimumpoint 5 for 25,5 km/t. eller derover.

FMI har om baggrunden for kravet anført, at der er et behov for at løbe/sprinte med en meget høj hastighed, hvilket indgår i flere af Forsvarets træningsprotokoller med højintensitetstræning, for derved at kunne gennemføre en varieret og målrettet fysisk træning som beskrevet i koncept for Militær Fysisk Træning. FMI har endvidere anført, at det er den gængse opfattelse i Forsvaret, at produkter med maksimale hastigheder på over 25 km/t. vil være mere holdbare.

Eleiko, der efter det oplyste ikke har løbebåndet i sit produktsortiment, har tilbudt et løbebånd fra fabrikanten Precor med en tophastighed på 25,5 km/t. Efter de foreliggende oplysninger vil én yderligere tilbudsgiver opnå maksimumpoint med et produkt fra True.

På den baggrund er det klagenævnets vurdering, at der ikke er grundlag for at antage, at evalueringsmodellen for krav nr. 271, som vurderes at være sagligt og proportionalt, er tilpasset Eleikos produktsortiment, således at virksomheden kan opnå maksimumpoint.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

På baggrund af det anførte under påstand 1 og 2 er der på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig