

K E N D E L S E

Grandt Defense ApS
(selv)

mod

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

Ved udbudsbekendtgørelse 2019/S 066-155893 af 29. marts 2019 med ændringer af 29. april 2019 iværksatte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) et udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF) artikel 26. Udbuddet omfattede to rammeaftaler gældende i henholdsvis 7 og 14 år for indkøb af ballistiske og ikke-ballistiske hjelme henholdsvis reservedele, uddannelse og træning. Rammeaftalerne har en estimeret værdi på 150.000.000 kr.

Grandt Defense ApS (herefter Grandt Defense) søgte om prækvalifikation inden udløb af fristen herfor, og den 15. maj 2019 meddelte FMI Grandt Defense, at Grandt Defense ikke var blandt de prækvalificerede ansøgere.

Den 4. juni 2019 indgav Grandt Defense klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Grandt Defense 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 10. juli 2019 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Grandt Defense har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1a

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivet artikel 4, ved ikke at have prækvalificeret Klager, uanset at Klager i henhold til de i udbudsbekendtgørelsen oplyste udvælgelseskræterier var blandt de tre bedst egnede ansøgere (i prækvalifikationsgruppe 1).

Påstand 1b (subsidiær i forhold til påstand 1a)

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivet artikel 4, ved ikke at have foretaget udvælgelsen af ansøgere i henhold til de i udbudsbekendtgørelsen oplyste udvælgelseskræterier.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivet artikel 4, ved ikke i forbindelse med udvælgelsen af de bedst egnede ansøgere at have lagt vægt på, om de af ansøgerne påberåbte referencer var ”carried out recently”, uanset at Indklagede i udbudsbekendtgørelsen eksplicit havde anført, at Indklagede ”...will deem deliveries that have been carried out recently more relevant than older deliveries”.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Indklagedes beslutning af 15. maj 2019 om prækvalifikation af NP Aerospace LTD, Precision Technic Defence A/S og Skanacid A/S (i prækvalifikationsgruppe 1).

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivet artikel 4, ved ikke at have udformet de i udbudsbekendtgørelsens oplyste udvælgelseskræterier så tilstrækkeligt klart og præcist, at rimeligt oplyste og normalt påpasselige ansøgere kunne forstå og fortolke, hvad der ville blive tillagt betydning i forbindelse med udvælgelsen”.

FMI har påstået, at påstand 1a skal afvises og i øvrigt, at påstandene ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsmaterialet står der blandt andet:

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

...

The requirements for each type of helmet is described in the requirement specification.

Helmet Basic:

...

Helmet Operative:

...

Helmet Ballistic HIGH CUT:

Helmet Ballistic HIGH CUT has high ballistic protection, low weight and has bracket for night vision goggles and rails on both sides of the helmet. The helmet will primarily be used by special operation soldiers and soldiers in special functions. The helmet will be used in national and international training and operational situations.

Helmet NON ballistic High CUT and Helmet NON ballistic HIGH CUT Maritime:

...

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

...

Objective criteria for choosing the limited number of candidates: For the purpose of achieving the best possible competition, DALO will choose a number of candidates for participation in this tender procedure, based on the candidate's size in accordance with the principles of the Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (2003/361/EC). Thus, it is DALO's intention to choose up to three candidates which are micro, small or medium-sized enterprises (group 1); and up to three candidates which are large enterprises (group 2).

...

The limitation of candidates within each of the two groups of enterprises 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) above. The eva-

luation will be based on the list of references submitted by the candidates as described below.

In the evaluation it is weighted positive:

— That the candidate has documented previous deliveries of ballistic HIGH CUT helmets that are similar to the description in section II.1.5.

— That the candidate has documented previous deliveries of as many as possible of all types of helmets that is similar to the description in section II.1.5.

— That the candidate has documented previous deliveries of either helmet Operative, helmet ballistic HIGH CUT, helmet NON-Ballistic HIGH CUT Maritime or helmet NON-ballistic HIGH CUT to an armed force in a NATO country.

— That the candidate has documented previous deliveries with a high amount of ballistic HIGH CUT helmets within one reference.

— That the candidate has documented previous deliveries of light-weight ballistic HIGH CUT helmets.

DALO will deem deliveries that have been carried out recently more relevant than older deliveries.

Thus, the candidates should submit a list of the most important similar deliveries (references), cf. section II.1.5), that the candidate has carried out prior to the deadline for the request to participate.

Only the deliveries (references) performed at the time of the deadline for the request to participate will be considered when assessing which candidate has documented the most relevant previous deliveries, cf. section IV.1.2.

...

The list shall include a short description of each delivery. The description of the deliveries should include a clear indication of which specific parts the deliveries are similar to the supplies, described in section II.1.5.

The description should also include a description of the candidate's participation/role in the performance of the deliveries. The description should also contain information on the date of the deliveries, the size/quantity/volume and value of the deliveries, the recipients of the deliveries (specific names/countries are preferred, but not necessary; if no country specific information is included, the candidate is asked to provide as much generic information as possible about the delivery.

The description should also contain information whether the deliveries was delivered to an armed force and whether the deliveries was delivered to an armed force in a NATO country.

When specifying the date for the deliveries, the candidate should state the date for the commencement and completion of the deliveries.

...

The list must contain a maximum of 3 previous deliveries (references), whether the candidate is one entity, composed of a group of entities

(e.g. consortium), including temporary joint ventures, or relies on the technical and professional capacity of other entities. Deliveries performed on an ongoing basis under a single framework agreement will be considered as one delivery (reference). If the list contains more than 3 deliveries (references), DALO will only consider the first 3 deliveries (references) on the list. Deliveries (references) beyond that will be disregarded.

...”

FMI modtog inden fristens udløb den 2. maj 2019 i alt 10 prækvalifikationsansøgninger i prækvalifikationsgruppe 1 omfattende ”micro, small or medium sized enterprises”, herunder ansøgninger fra Grandt Defense, Skanacid A/S (herefter Skanacid), Precision Technic Defence A/S (herefter PTD) og NP Aerospace LTD (herefter NP Aerospace).

Grandt Defenses ansøgning var vedlagt tre referencer. Af den første reference fremgår blandt andet:

”

Description of the Delivery ...	Indication of which specific parts the delivery are similar to the supplies ...	Description of the candidates/ role in the performance of the delivery	The date of the delivery ...	The size/value/volume/ quantity of the delivery ...	Recipient (s) of the delivery ...
Enhanced Combat Helmet ...	Helmet Operative, April 1st 2013 ... October 31st 2017	Approximately 130.000 helmets were delivered in total. None were high cut. a NATO member

...”

Af den anden reference fra Grandt Defense fremgår blandt andet:

”

Description of the Delivery ...	Indication of which specific parts the delivery are similar to the supplies ...	Description of the candidates/ role in the performance of the delivery	The date of the delivery ...	The size/value/volume/ quantity of the delivery ...	Recipient (s) of the delivery ...

... The weight of the fully kitted is between 1.18 Kg and 1.25 Kg	EXFIL Ballistic HIGH CUT,... January 2016 ... ongoing	28.663 Ballistic High Cut helmets delivered as of April 1, 2019
--	---------------------------------------	-----	------------------------------------	---	-----

...
”

Af den tredje reference fremgår blandt andet:

”

Description of the Delivery ...	Indication of which specific parts the delivery are similar to the supplies ...	Description of the candidates/ role in the performance of the delivery	The date of the delivery ...	The size/value/volume/ quantity of the delivery ...	Recipient (s) of the delivery ...
... Ballistic Helmet 16th December, 2016 ... 24th July, 2018	Quantity: 101.000 pcs....	... Non Nato

...
”

Af ansøgningen fra Skanacid fremgår, at alle tre referencer vedrørte leverancer til NATO-medlemsstater, og at reference 1 vedrørte levering af 105.000 hjelme af typen ”basic, operativ”, at reference 2 vedrørte 110.000 hjelme af typen ”basic, operativ”, og at reference 3 vedrørte 7.500 hjelme af typen ”ballistic HIGH CUT”.

Af ansøgningen fra PTD fremgår, at alle tre referencer vedrørte leverancer til NATO-medlemsstater, og at reference 1 vedrørte levering af 25.600 ”ballistic HIGH CUT” hjelme, at reference 2 vedrørte 4.900 hjelme af typen ”ballistic HIGH CUT” og 12.000 hjelme af typen ”operative”, og at reference 3 vedrørte 2.000 hjelme af typen ”non ballistic HIGH CUT”, 10.000 ”ballistic HIGH CUT” hjelme og 19.000 ”maritime cut”.

Af ansøgningen fra NP Aerospace fremgår, at alle tre referencer vedrørte leverancer til NATO-medlemsstater, og at reference 1 vedrørte levering af

126.000 hjelme af typen ”operative”, at reference 2 vedrørte 48.200 af typen ”operative” og 15.900 af typen ballistic HIGH CUT, og at reference 3 vedrørte 33.000 af typen ”non ballistic”.

Den 15. maj 2019 meddelte FMI Grandt Defense, at Grandt Defense ikke var blandt de prækvalificerede ansøgere. I gruppe 1 blev Skanacid, PTD og NP Aerospace prækvalificeret.

FMI anførte herom følgende i sit brev til Grandt Defense:

” ...

In relation to the criteria cf. Section IV.1.2 the applicants are given the following overall scores:

Extremely relevant
Very relevant
Relevant
Less relevant
Not relevant

The prequalified applicants have been evaluated as follows:

Name:	Overall evaluation:
NP Aerospace LTD. (Group 1)	Very relevant
Precision Technic Defense A/S (Group 1)	Extremely relevant
Skanacid A/S (Group 1)	Very relevant
Garanti Giyim Kompozit Teknolojileri San. Ve Tic. A.S (Group 2)	Relevant
Revision Military Ltd (Group 2)	Relevant
SASO, Consortium consisting of Sakar Tactical Ltd. and Source Vagabond Systems LTD (Group 2)	Relevant

The prequalified applicants have been evaluated as follows:

NP Aerospace has stated 3 references which DALO has evaluated as very relevant experience in comparison to the stated criteria in Section IV.1.2 in the Contract Notice. They have documented acceptable expe-

rience with previous deliveries of ballistic HIGH CUT helmets that are similar to the description in section II.1.5.

Furthermore they have documented medium experience with previous deliveries of the types of helmets which are similar to the description in section II.1.5 and great experience with delivering to an armed force in a NATO country.

The previous deliveries also documents a high amount of ballistic HIGH CUT helmets within one reference.

Precision Technic Defense A/S has stated 3 references which DALO has evaluated as extremely relevant experience in comparison to the stated criteria in Section IV.1.2 in the Contract Notice. They have documented great experience with previous deliveries of ballistic HIGH CUT helmets that are similar to the description in section II.1.5. Furthermore they have documented medium experience with previous deliveries of the types of helmets that are similar to the description in section II.1.5 and great experience with delivering to an armed force in a NATO country.

The previous deliveries also documents a high amount of ballistic HIGH CUT helmets within one reference. Furthermore the references documents experience with deliveries of lightweight ballistic high cut helmets.

Skanacid A/S has stated 5 references. According to Section III.2.3 in the Contract Notice the list must contain a maximum of 3 previous deliveries. If the list contains more than 3, DALO will only consider the first 3 deliveries on the list. Deliveries beyond that will be disregarded. Therefore DALO has only evaluated the first 3 deliveries on the list.

Skanacid A/S' references have been evaluated by DALO as very relevant experience in comparison to the stated criteria Section IV.1.2 in the Contract Notice. They have documented acceptable experience with previous deliveries of ballistic HIGH CUT helmets that are similar to the description in section II.1.5. Furthermore they have documented medium experience with previous deliveries of the types of helmets that are similar to the description in section II.1.5 and great experience with delivering to an armed force in a NATO country.

The previous deliveries also documents a high amount of ballistic HIGH CUT helmets within one reference. Furthermore the references documents experience with deliveries of lightweight ballistic high cut helmets.

...

You have submitted 3 references of previous deliveries.

You have documented acceptable experience with previous deliveries of ballistic HIGH CUT helmets that are similar to the description in sec-

tion II.1.5. You have documented medium to high experience with previous deliveries of the types of helmets that is similar to the description in section II.1.5 and acceptable experience with delivering to an armed force in a NATO country.

The documented weight for the delivered ballistic high cut helmets is not considered as lightweight but the documented amount of ballistic high cut helmets within one reference is considered as high.

Hence, it is DALO's overall assessment that you have documented relevant experience in comparison to the stated criteria in Section IV.1.2 in the Contract Notice and therefore documented experience to a smaller degree compared to the references of previous deliveries documented by the three prequalified candidates in group 1 (as described above)

...”

FMI har efterfølgende oplyst, at evalueringen af udvælgelseskriterierne skete som følger:

”...

For så vidt angår udvælgelseskriterie 1 (om erfaring med levering af ballistic HIGH CUT hjelme) og udvælgelseskriterie 3 (om erfaring med levering til væbnede styrker i NATO-lande), kunne ansøgerne opnå bedømmelsen ”Great”, ”Good” og ”Acceptable” afhængigt af, hvor mange af referencerne, der opfyldte disse kriterier. Såfremt alle tre referencer vedrørte levering af ballistic HIGH CUT hjelme eller levering til væbnede styrker i NATO-lande, blev referencen bedømt som ”Great”. To referencer førte til bedømmelsen ”Good”, mens én reference førte til bedømmelsen ”Acceptable”.

For så vidt angår udvælgelseskriterie 2 (om referencer vedrørende levering af flest af de fem typer hjelme, der konkret skal anskaffes), kunne ansøgerne opnå bedømmelsen: ”High”, ”Medium to high”, ”Medium”, ”Medium to low”, ”Low” og ”None” afhængigt af, hvor mange typer hjelme ansøgerne havde erfaring med at levere. Erfaring med levering af alle fem typer hjelme førte til bedømmelsen ”High”, mens ingen erfaring med levering af nogen af de fem typer af hjelme førte til bedømmelsen ”none”.

For så vidt angår udvælgelseskriterie 4 (om levering af et højt antal ballistic HIGH CUT hjelme indenfor én reference), kunne ansøgerne opnå bedømmelsen ”high” eller ”low”. Erfaring med levering af et højt antal ballistic HIGH CUT hjelme indeholdt i én reference blev givet bedømmelsen ”high”, mens ansøgere, der alene have leveret et lavt antal af disse typer hjelme fik bedømmelsen ”low”.

For så vidt angår udvælgelseskrITERIE 5 (om erfaring med levering af "lightweight" ballistic HIGH CUT hjelme), indgik det alene positivt i udvælgelsen, hvis ansøgerne kunne demonstrere erfaring med levering af hjelme, der blev vurderet til at være "lightweight". Referencerne kunne opnå bedømmelsen "ja" eller "nej" forstået som, at ansøgeren enten havde demonstreret erfaring hermed eller ikke havde.

...

Parternes anbringender

Ad påstand 1a og 1b

Grandt Defense har gjort gældende, at FMI burde have prækvalificeret Grandt Defense, som havde bedre og mere relevante referencer end de prækvalificerede ansøgere, og FMI har derfor ikke foretaget prækvalifikation i henhold til de udvælgelseskrITERIER, der er indeholdt i udbudsbekendtgørelsen. Grandt Defense har dokumenteret det største antal leverede hjelme, Grandt Defense har leveret 130.000 hjelme under én reference til et NATO-land, og Grandt Defense har referencer på lightweight helmets, som FMI fejlagtigt ikke har ladet indgå i evalueringen. Grandt Defense burde derfor få en langt bedre bedømmelse i udvælgelseskrITERIERNE 2, 3, 4 og 5.

Af udvælgelseskrITERIE 1 og af FMI's egen fortolkning følger, at det skal tillægges positiv betydning, at en ansøger har erfaring med levering af ballistic HIGH CUT hjelme svarende til beskrivelsen i udbudsbekendtgørelsens del II.1.5, og når man sammenholder denne del med krITERIE 1, vil en naturlig læsning føre til, at det vil blive tillagt positiv betydning, i hvor høj grad de leverede hjelme har 1) høj ballistisk beskyttelse, 2) lav vægt, 3) holder til natkikkert, 4) skinner på begge sider af hjelmen, og 5) om de har været anvendt af specialstyrker. En naturlig læsning vil derfor også indebære, at der ved bedømmelsen skal foretages en kvalitativ vurdering af relevansen af de leverede ballistic HIGH CUT hjelme i forhold til de anførte funktioner. FMI har ikke foretaget en sådan kvalitativ bedømmelse. Grandt Defense har anført, at antallet af referencer ikke kan være afgørende i en kvalitativ bedømmelse, og at en ordregiver skal præcisere, hvad der vægtes positivt, jf. klagenævnets kendelse af 12. december 2018, KMD A/S mod Københavns Kommune. Den kvantitative bedømmelse, som FMI har foretaget, fremgår ikke af ordlyden, hvoraf i stedet følger, at det afgørende er, om de leverede hjelme er sammenlignelige. FMI's bedømmelse af udvælgelseskrITERIE 1 er derfor åbenbart urigtig. Hvis der skulle ske en kvantitativ bedømmelse,

skulle denne under alle omstændigheder efter ordlyden baseres på antal leverede hjelme og ikke antal referencer, jf. ordlyden ”previous deliveries”. FMI har til sammenligning sondret mellem begreberne ”deliveries” og ”reference” i udvælgelseskriterie 4, hvorfor det ikke er klart i udvælgelseskriterie 1, at antal referencer vil blive tillagt positiv betydning, da begrebet ”reference” ikke er anvendt.

I forhold til udvælgelseskriterie 2 skal der lægges vægt på både antal hjelme og antal typer, da det leverede antal hjelme åbenlyst demonstrerer en ansøgers tekniske egnethed. Dette følger også af en direkte oversættelse af udvælgelseskriteriet. Da FMI's bedømmelse ikke har lagt vægt på antal hjelme, men udelukkende på antal typer, har FMI foretaget en urigtig bedømmelse, der er baseret på et objektivt forkert grundlag. FMI har også åbenbart overskredet den grænse, som gælder for ordregivers skøn, når FMI har bedømt, at Grandt Defense har samme erfaring som de tre prækvalificerede, selvom de har leveret mellem 37.663 og 186.163 færre hjelme end Grandt Defense. Grandt Defense burde derfor have fået en bedre bedømmelse, da Grandt Defense har leveret lige så mange typer hjelme og væsentligt flere hjelme end de tre prækvalificerede ansøgere.

Grandt Defense har subsidiært gjort gældende, at udvælgelseskriterie 2 ikke er udformet så tilstrækkeligt klart og præcist, at rimeligt oplyste og normalt påpasselige ansøgere kunne forstå og fortolke, at det ikke ville blive tillagt positiv betydning, hvis man havde flere referencer med levering af flere stk. hjelme af de anførte typer.

Vedrørende udvælgelseskriterie 3 har Grandt Defense anført, at en naturlig læsning vil føre til, at det skal tillægges positiv betydning, hvis en ansøger har leveret én af de anførte typer hjelme til en NATO-medlemsstat. FMI har foretaget en kvantitativ bedømmelse, hvorefter det er tillagt positiv betydning, hvor mange referencer til NATO-medlemsstater der er angivet af ansøgerne. Det fremgår imidlertid ikke af ordlyden, at det er antallet af referencer, der vil blive tillagt positiv betydning, men alene om en ansøger har leveret til en NATO-medlemsstat. Grandt Defense har bestridt, at ordet ”deliveries” skulle medføre, at det er antallet af referencer, som skal tillægges positiv betydning. Ordet ”deliveries” har FMI anvendt i alle udvælgelseskriterier, men det er alene i udvælgelseskriterie 1 og 3, at der er lagt vægt på antal referencer. Grandt Defense har på den baggrund gjort gældende, at FMI's bedømmelse er åbenbart urigtig, og at FMI har overskredet

sin skønsbeføjelse. Da Grandt Defense ligesom de tre prækvalificerede havde demonstreret erfaring med levering af hjelme til en NATO-medlemsstat, burde Grandt Defense have fået samme bedømmelse i forhold til udvælgelseskriterie 3. Det fremgår i øvrigt ikke, om det skulle tillægges positiv vægt, at der var tale om levering af forskellige typer af hjelme.

På den baggrund har Grandt Defense subsidiært gjort gældende, at udvælgelseskriterie 3 ikke er udformet så tilstrækkeligt klart og præcist, at rimeligt oplyste og normalt påpasselige ansøgere kunne forstå og fortolke, at det ville blive tillagt positiv betydning, hvis der var flere referencer, og hvad der ville blive tillagt positiv betydning ved flere referencer.

Om udvælgelseskriterie 4 har Grandt Defense gjort gældende, at FMI åbenbart har overskredet den grænse, der gælder for ordregivers skøn, når FMI har bedømt, at Grandt Defense har demonstreret samme erfaring som de tre prækvalificerede. Grandt Defense burde have fået en bedre bedømmelse end NP Aerospace og Skanacid, fordi Grandt Defense har demonstreret leverancer af væsentligt flere ballistic HIGH CUT hjelme inden for samme reference. FMI skulle i udvælgelseskriteriet have anført et antal, som ville medføre skønsmæssigt samme bedømmelse. FMI's grænse for skøn er overskredet, fordi FMI har sidestillet bedømmelser, hvoraf fremgår, at Grandt Defense havde leveret næsten dobbelt så mange hjelme som NP Aerospace og fire gange så mange hjelme som Skanacid. Det fremgår desuden ikke af udvælgelseskriterie 4, at bedømmelsen alene ville ske ud fra én leverance, og ikke på baggrund af antallet af leverancer med et højt antal ballistic HIGH CUT hjelme.

Grandt Defense har subsidiært gjort gældende, at udvælgelseskriterie 4 ikke er udformet så tilstrækkeligt klart og præcist, at rimeligt oplyste og normalt påpasselige ansøgere kunne forstå og fortolke, om det ville blive tillagt positiv betydning, hvis en ansøger havde flere referencer, og hvad der ville blive tillagt positiv betydning ved flere referencer (antal referencer eller summen af leverede ballistic HIGH CUT hjelme).

Grandt Defense har vedrørende udvælgelseskriterie 5 nærmere gjort gældende, at FMI ved vurderingen af, hvad der udgør henholdsvis en sædvanlig hjelm og en letvægtshjelm, skal inddrage, i hvor høj grad den pågældende ballistic HIGH CUT hjelm er sammenlignelig med beskrivelsen i udbudsbekendtgørelsens del II.1.5. FMI skal derfor inddrage, i hvor høj grad de

anførte hjelme har et stort beskyttelsesareal, da dette uundgåeligt har betydning for hjelmens vægt. Grandt Defense fastholder derfor, at Grandt Defenses ballistic HIGH CUT hjelme er letvægtshjelme. Da FMI alene har bedømt vægten på ansøgernes hjelme og ikke har sammenlignet beskyttelsesarealet, har FMI foretaget en åbenbart urigtig bedømmelse af udvælgelseskriterie 5 baseret på et forkert grundlag. FMI har ikke på forhånd oplyst nærmere om, hvad FMI anså for letvægtshjelme, men har vurderet, at en vægtforskel på blot 110 gram (vægtforskellen mellem Grandt Defenses letteste hjelm og hjelmen fra PTD) var afgørende.

På baggrund heraf har Grandt Defense subsidiært gjort gældende, at udvælgelseskriterie 5 ikke er udformet så tilstrækkeligt klart og præcist, at rimeligt oplyste og normalt påpasselige ansøgere kunne forstå og fortolke, hvad FMI ville anse for en letvægtshjelm.

Samlet har Grandt Defense subsidiært gjort gældende, at det forhold, at udvælgelseskriterierne ikke er udformet tilstrækkeligt klart og tydeligt, har haft afgørende indflydelse på Grandt Defenses valg af referencer og dermed FMI's beslutning om prækvalifikation.

FMI har gjort gældende, at udvælgelsen af ansøgere er sket i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivet. FMI har derfor ikke handlet i strid hermed ved ikke at prækvalificere Grandt Defense.

FMI har vedrørende afvisningspåstanden anført, at påstanden er formuleret således, at resultatet – hvis der gives medhold i påstand 1 – vil være, at FMI er forpligtet til at prækvalificere Grandt Defense. Dette ligger uden for klagenævnets kompetencer, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 2. september 2016, Fayard A/S mod FMI, og påstanden skal derfor afvises.

FMI har i øvrigt vedrørende frifindelsespåstanden anført, at FMI har lagt vægt på de forhold, som fremgår af udbudsbekendtgørelsen, og at en rimeligt oplyst og påpasselig ansøger har kunnet forstå, hvad der ville blive lagt vægt på ved udvælgelsen. FMI har henvist til, at ingen ansøgere forud for ansøgningsfristens udløb har stillet spørgsmål til forståelsen eller fortolkningen af udvælgelseskriterierne. Efter fast klagenævnspraksis tilsidesættes det vide skøn, som en ordregiver har, alene, hvis skønnet er usagligt, hviler på et objektivt forkert grundlag, eller ordregiveren åbenbart har overskredet

den vide grænse, der gælder for ordregivers skøn. Anvendelse af forskellige skalaer ved bedømmelsen af de enkelte udvælgelseskriterier ligger inden for FMI's vide skøn, forudsat bedømmelsen udøves sagligt. De benyttede skalaer er ikke anvendt usagligt, og bedømmelsen hviler heller ikke på et objektivi forkert grundlag eller er udtryk for, at FMI har overskredet grænsen for sit skøn. FMI har herved henvist til klagenævnets kendelse af 26. marts 2018, Indemia Identity & Security France SAS mod Digitaliseringsstyrelsen.

Om udvælgelseskriterie 1 har FMI nærmere anført, at kriteriet skal forstås således, at det blev tillagt positiv vægt, at ansøgerne demonstrerede erfaring med levering af hjelme af typen ballistic HIGH CUT svarende til den type, der var beskrevet i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5. Henvisningen til pkt. II.1.5 har ikke været udtryk for, at der skulle foretages en kvalitativ vurdering. Det fremgik også af "template 6", at ansøgerne skulle beskrive, hvilke af de fem typer hjelme, som den konkrete leverance svarede til. Der var ikke lagt op til, at ansøgerne skulle give oplysninger om, hvorvidt referencerne vedrørte hjelme, der opfyldte karakteristika for de forskellige hjelme, som FMI skal anskaffe sig. Der er derfor ikke efterspurgt de oplysninger, som en kvalitativ vurdering ville forudsætte. Udvalgelseskriterie 1 er derfor korrekt anvendt, når det er tillagt positiv vægt jo flere af referencerne, der vedrørte levering af ballistic HIGH CUT hjelme. Klagenævnets kendelse af 12. december 2018, KMD A/S mod Københavns Kommune, Socialforvaltningen, er i øvrigt ikke sammenlignelig med den foreliggende sag. Princippet om, at der kan tillægges antallet af referencer vægt efter udbudsloven § 145, stk. 3, nr. 3, må gælde tilsvarende for udbud efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Da udvalgelseskriterie 4 handler om antallet af leverede ballistic HIGH CUT hjelme, ville en rimeligt oplyst og normalt påpasselig ansøger ikke have grundlag for at tro, at dette også skulle tillægges vægt i udvalgelseskriterie 1.

Det bestrides, at Grandt Defense skulle have en bedre bedømmelse af udvalgelseskriterie 2, da både Grandt Defense og de tre prækvalificerede havde demonstreret erfaring med levering af tre forskellige typer hjelme.

Udvalgelseskriterie 2 skal ikke fortolkes som anført af Grandt Defense, hvorefter det skulle vægtes positivt med det største antal leverede hjelme uanset type. Ifølge udvalgelseskriterie 2 skal det derimod tillægges positiv vægt jo flere af de fem typer af hjelme, ansøgerne har haft erfaring med at

levere. Dette tillægges vægt, da det illustrerer ansøgernes tekniske egnethed i forhold til de ydelser, der skal anskaffes under aftalen. Der er efter ordlyden ikke grundlag for at fortolke kriteriet, som Grandt Defense påstår, og der henvises også til udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5, hvoraf det fremgår, at erfaring med levering af de omhandlede typer hjelme tillægges positiv vægt. Det understøttes videre af, at der er et andet kriterie, udvælgelseskriterie 4, som netop tillægger omfanget/antallet af hjelme inden for en specifik type hjelm positiv vægt. Der er derfor ikke grundlag for at forstå udbudsbekendtgørelsen således, at flere udvælgelseskriterier skulle vedrøre antallet af leverede hjelme af typen ballistic HIGH CUT.

FMI har bestridt, at Grandt Defense burde have opnået en bedre bedømmelse af udvælgelseskriterie 3. Grandt Defense har fremlagt én reference vedrørende levering til en NATO-medlemsstat, mens de tre prækvalificerede har fremlagt tre referencer vedrørende levering til en NATO-medlemsstat. Det fremgår af kriteriets ordlyd, ”documented previous deliveries of...”, at kriteriet lægger vægt på antallet af leverancer til en NATO-medlemsstat og ikke antallet af hjelme. FMI har vægtet det positivt, at der er flere leveringer til en NATO-medlemsstat, fordi disse forventeligt vil have et – med FMI – sammenligneligt behov (i forhold til fx sikkerhed og kodificering) og brugsmønster vedrørende de efterspurgte hjelme. Dette gælder endvidere særligt i forhold til kvalitetskrav og anvendelse af standarder. Flere referencer til NATO-medlemsstater demonstrerer derfor større teknisk egnethed, og erfaringen viser, at levering til NATO-medlemsstater indebærer, at udstyret formentligt har været anvendt til missioner, hvilket er udtryk for, at ansøgerne kan levere hjelme med egenskaber og holdbarhed, der passer med de påtænkte formål. Endeligt er sådanne referencer relevante på grund af samarbejdet mellem NATO-medlemsstater, hvor NATO-medlemsstater deltager på missioner sammen.

FMI har videre om udvælgelseskriterie 3 anført, at den forståelse af kriteriet, som Grandt Defense har beskrevet, strider med en naturlig læsning af kriteriet. Det må for en rimelig oplyst og normalt påpasselig ansøger stå klart, at jo flere referencer, der er i overensstemmelse med udvælgelseskriterierne, jo større teknisk egnethed udviser ansøgerne, og jo mere relevante er referencerne, uanset at begrebet ”deliveries” bruges i alle udvælgelseskriterierne. Udvalgs-kriteriet er klart og præcist beskrevet, og den vurdering, som FMI har foretaget, ligger inden for FMI’s vide skøn.

FMI har vedrørende udvælgelseskriterie 4 bestridt, at Grandt Defense skulle have opnået en bedre bedømmelse af dette kriterie. Det er ikke korrekt, at Grandt Defense har leveret 130.000 ballistic HIGH CUT hjelme. Det rette antal er 28.663 ifølge Grandt Defenses reference, og Grandt Defense har fået bedømmelsen ”high” ligesom de tre prækvalificerede. Kriteriet blev enten vurderet med ”high” eller ”low”, fordi formålet var, at ansøgerne skulle vise, at de havde kapacitet til at levere et større antal ballistic HIGH CUT hjelme. Bedømmelsen af de tre prækvalificerede og Grandt Defense ligger under alle omstændigheder inden for det skøn, som FMI er berettiget til at udøve.

En naturlig læsning af udvælgelseskriterie 4 fører til, at det vægtes positivt, at ansøgerne demonstrerer erfaring med levering af et højt antal hjelme inden for samme reference, og det er også på den måde, FMI har anvendt kriteriet.

FMI har vedrørende udvælgelseskriterie 5 bestridt, at FMI fejlagtigt skulle have undladt at lade det indgå positivt, at Grandt Defense har fremlagt referencer, der ifølge Grandt Defense var ”lightweight”. Grandt Defense har erfaring med ballistic HIGH CUT hjelme med en vægt på mellem 1,18-1,25 kg. FMI har vurderet, at disse hjelme ikke er ”lightweight”. Det ligger inden for FMI’s skøn at foretage en faglig vurdering af, hvad der skal til for, at en hjelm anses for en letvægtshjelm, og der er ikke grundlag for at tilsidesætte FMI’s bedømmelse af dette kriterie, da FMI har foretaget et sagligt skøn. Da det udstyr, som soldater skal bære rundt på, kan have en totalvægt på op til 60 kg, er det sagligt at lægge vægt på selv små reduktioner af vægten.

Henvisning til udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5 under pkt. IV.1.2 er alene en præcisering af, at det er erfaringen med levering af de typer hjelme, som konkret skal anskaffes, der tillægges positiv vægt. Der er ikke grundlag for, at der skal foretages en sådan vurdering, som Grandt Defense har anført. FMI har ikke i udbudsbekendtgørelsen anført, at hjelmenes beskyttelsesareal skal tillægges vægt ved dette kriterie, uanset at det kan have betydning for hjelmenes vægt, og oplysninger herom er ikke efterspurgt i ”template 6”. Der er derfor heller ikke grundlag for at antage, at hjelmenes beskyttelsesareal vil blive inddraget ved vurderingen af udvælgelseskriterie 5.

Ad påstand 2

Grandt Defense har gjort gældende, at FMI ikke har tillagt det betydning, at nyere referencer skal vurderes mere relevante end ældre referencer, hvilket er anført som kriterie 6.

Grandt Defense har bestridt, at der er tale om uvæsentlige udsving i referencernes leveringstidspunkter. Leveringstidspunkterne skulle have været afspejlet i bedømmelsen af referencerne, og det skulle derfor også være angivet i meddelelsen om prækvalifikation. En af referencerne fra NP Aerospace angik leverancer i perioden 2009-2014, hvilket ikke kan anses for nyligt. Det følger af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 42, stk. 1, litra a (ii), at teknisk og faglig formåen almindeligvis kan godtgøres ved forelæggelse af en liste over de betydeligste leverancer, almindeligvis de, der er udført i løbet af de sidste fem år. Uanset FMI ikke har fastsat en tidsgrænse, kan FMI ikke anse leverancer udført for mere end 5 år siden for nylige, og en reference fra 2009 kan ikke sidestilles med en reference fra 2016. FMI har heller ikke taget højde for, at flere af referencerne strækker sig bagud i tid, og at leverancerne sandsynligvis er foretaget i begyndelsen af perioden.

På den baggrund har FMI bedømt referencernes leveringstidspunkter åbenbart urigtigt, dels fordi bedømmelsen er baseret på et forkert grundlag, dels fordi FMI har overskredet sin skønsbeføjelse ved at sidestille referencer med væsentligt forskellige leveringstidspunkter. Grandt Defense burde have fået en bedre bedømmelse end NP Aerospace i forhold til referencernes leveringstidspunkter. Hvis Grandt Defense havde været bekendt med, at gamle referencer ville få samme positive evaluering, kunne Grandt Defense have fremlagt mere relevante referencer, herunder om leverancer til NATO-medlemsstater og med flere typer af hjelme og forskellige typer af hjelme.

FMI har bestridt, at FMI ikke har inddraget referencernes alder ved udvælgelsen. FMI har i afslagsbrevet alene redegjort for de forhold, der har været de væsentligste (udslagsgivende) for evalueringen. Den omstændighed, at et udvælgelseskriterie ikke er nævnt i afslagsbrevet, indebærer derfor ikke, at kriteriet ikke er blevet inddraget ved evalueringen. FMI inddrog alle referencernes alder, men da der ikke var de store udsving, blev dette ikke væsentligt for udvælgelsen. Det kunne heller ikke entydigt fastslås, hvorvidt Grandt Defenses eller NP AeroSpaces referencer var mest nye. Der er derfor ikke grundlag for at tilsidesætte FMI's prækvalifikationsbeslutning af disse

grunde. Grandt Defenses spekulationer om, hvornår leverancerne kan være foretaget, kan i øvrigt ikke tillægges betydning.

Forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 42, stk. 2, litra a (ii) er alene udtryk for, hvor langt man "almindeligvis" går i forbindelse med referencer, og det er derfor ikke udelukket, at der kan lægges vægt på referencer, der er ældre end fem år. FMI har ikke opstillet en aldersbegrænsning i udbudsbekendtgørelsen, og en rimelig oplyst og normalt påpasselig ansøger kunne derfor ikke med rimelighed antage, at referencer, der var ældre end fem år, ikke ville blive taget i betragtning.

Ad påstand 3

Grandt Defense har gjort gældende, at forholdene anført under påstand 1a, 1b, 2 og 4 tilsammen og hver for sig udgør en så væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne, at FMI's beslutning om prækvalifikation af NP Aerospace, PTD og Skaniacid skal annulleres. Grandt Defense har herved henvist til klagenævnets kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune. FMI har i den forbindelse ikke godtgjort, at overtrædelsen ikke har haft betydning for resultatet, da Grandt Defense ville have udvalgt andre referencer, hvis Grandt Defense havde været bekendt med, hvordan FMI faktisk ville foretage bedømmelse af udvælgelseskriterierne.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og der er derfor ikke grundlag for at annullere FMI's prækvalifikationsbeslutning. FMI har inddraget alle de udvælgelseskriterier, der fremgår af udbudsbekendtgørelsen, og selv hvis udvælgelseskriterie 2 om typer af hjelme skulle fortolkes, som Grandt Defense har anført, vil det ikke konkret have været væsentligt for prækvalifikationsbeslutningen, da de tre prækvalificerede ansøgere fortsat ville blive anset for at have de bedste referencer. Grandt Defense har samlet demonstreret erfaring med levering af 259.663 stk. relevante hjelme, og til sammenligning har de tre prækvalificerede ansøgere erfaring med levering af 174.900 stk., 73.500 stk. og 222.000 stk. hjelme. Selvom Grandt Defense har demonstreret erfaring med flest antal relevante hjelme, har de prækvalificerede ansøgere også demonstreret erfaring med levering af relevante hjelme af en anseelig volumen.

Ad påstand 4

Grandt Defense har henvist til det, som er anført under påstandene 1a, 1b og 2, og har gjort gældende, at FMI ikke har udført de oplyste udvælgelseskriterier så tilstrækkeligt klart og præcist, at rimeligt oplyste og normalt påpasselige ansøgere kunne forstå og fortolke, hvad der ville blive tillagt betydning i forbindelse med udvælgelsen.

FMI har henvist til det ovenfor anførte og gjort gældende, at selv hvis Grandt Defense's betragtninger blev lagt til grund, ville det ikke føre til en anden prækvalifikationsbeslutning. Det skyldes navnlig, at de tre prækvalificerede har fremlagt mere relevante referencer, særligt henset til udvælgelseskriterie 3 om NATO-referencer.

Klagenævnet udtaler:

I kendelsen af 10. juli 2019 udtalte klagenævnet blandt andet:

”Ad påstand 1a

Klagenævnet har ikke kompetence til at prækvalificere ansøgere. Klagenævnet kan derimod, hvis forudsætningerne herfor i øvrigt er tilstede, annullere en ordregivers beslutning om prækvalifikation, hvorefter ordregiveren på ny må forholde sig til prækvalifikationen. Da en ordregiver ikke har pligt til at foretage prækvalifikation, kan klagenævnet allerede af denne grund, som påstanden er formuleret, ikke tage påstanden til følge.

Ad påstand 1b, 2 og 4

Det er fast praksis, at en ordregiver har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere der efter de offentliggjorte kriterier er bedst egnede og derfor prækvalificeres.

Klagenævnet sætter ikke sit eget skøn i stedet for en ordregivers saglige skøn, og nævnet har ikke mulighed for selvstændigt at vurdere relevansen af ansøgernes referencer, herunder i hvilken grad referencerne opfylder kravene i udvælgelseskriterierne. En ordregivers skøn kan efter fast praksis kun tilsidesættes, hvis det er usagligt, hviler på et objektivi forkert grundlag, eller hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens skøn.

De udvælgelseskriterier, som FMI har fastsat i udbudsbekendtgørelsen, har der ikke været stillet spørgsmål til inden fristen herfor. Det fremgår,

at prækvalifikationen skal ske på baggrund af en bedømmelse af tre referencer, hvor opfyldelsen af fem udvælgelseskriterier vil blive vægtes positivt. Derudover vil nyere referencer blive anset for mere relevante end ældre referencer. Det er ikke et krav, at sådanne kriterier vægtes, og en ordregiver har mulighed for at foretage bedømmelsen på baggrund af et sagligt skøn over ansøgernes formåen, når det er præciseret, hvad der vægtes positivt som sket ved de anførte udvælgelseskriterier. Efter de fem udvælgelseskriteriers ordlyd vil kriterierne ikke ved en almindelig sproglig forståelse eller ud af konteksten give anledning til tvivl om, hvad der lægges vægt på. Kriterierne fremstår objektive og gennemsigtige. Rimeligt oplyste og normalt påpasselige ansøgere ville derfor også kunne forstå, hvad der ville blive tillagt betydning i forbindelse med udvælgelsen.

Efter indholdet af udbudsbekendtgørelsens kriterier sammenholdt med ansøgningerne, efter oplysningerne i afslagsbrevet til Grandt Defense, og på baggrund af de øvrige oplysninger om FMI's bedømmelse af ansøgernes referencer, er der ikke grundlag for på det foreløbige foreliggende grundlag at konstatere, at FMI's skøn hviler på et objektivi forkert grundlag, eller at FMI åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregivers skøn.

Særligt i forhold til påstand 2 bemærkes, at der ikke er anført en "aldersgrænse" for referencerne i udbudsbekendtgørelsen, og der er derfor ikke grundlag for, uanset indholdet af artikel 42, stk. 1, litra a (ii) i forsvars- og sikkerhedsdirektivet, at se bort fra referencer, der er ældre end 5 år. Det kan på baggrund af oplysningerne fra FMI heller ikke konstateres, at de ældste referencer er anset for nylige som påstået af Grandt Defense. FMI har derimod anført, at det ikke entydigt kunne fastslås, hvilke referencer der måtte anses for mest nye, og at referencernes alder ikke havde de store udsving, hvorfor alderen ikke fik væsentlig (udslagsgivende) betydning.

Der er på denne foreløbige baggrund ikke grundlag for at konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet som påstået, og der er herefter ikke udsigt til, at påstand 1b, 2 eller 4 vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Da der ikke er udsigt til, at påstandene 1a, 1b, 2 og 4 vil blive taget til følge, er der heller ikke udsigt til, at påstand 3 om annullation af prækvalifikationsbeslutningen tages til følge."

På denne baggrund, og da der ikke under den efterfølgende behandling af sagen er fremkommet nye oplysninger, tages påstand 1-4 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Grandt Defense skal i sagsomkostninger til FMI betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens rigtighed bekræftes.

Tanja Rosendahl Bøtker
fuldmægtig