

K E N D E L S E

Cimber Air A/S
(advokat Peter Stig Jakobsen, København)

mod

Forsvarskommandoen
(Kammeradvokaten ved advokat Morten Kroon)

Ved udbudsbekendtgørelse af 26. juni 2008 nr. 2008/S 125-166723 udbød Forsvarskommandoen som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en kontrakt om forsvarets strategiske lufttransportkapacitet (»Air-charter services«). Der skulle indgås en delaftale om »Air Lift Capacity« og en delaftale om »Broker service«.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår nærmere om den udbudte ydelse:

»The Danish Armed Forces have a requirement for strategic airlift capacity and are expecting to fulltime charter one or more aircraft which can fulfill the need to transport cargo (pallets and outsized) and passengers (up to app. 10.000 PAX per year) world wide to civil as well as hostile areas, e.g. Kabul, Afghanistan. ... The Danish Armed Forces also intend to enter into a broker contract aimed at selling excess capacity as well as excess flying hours. The entire tender is depending om political approval«

Formålet med udbuddet var således, at der skulle indgås en kontrakt om fuldtidschartring af en specifik flykapacitet til transport af forsvarets personel (PAX) og materiel og forsyninger (cargo), herunder pansrede køretøjer, lastbiler og containere (outsized cargo) – i det følgende benævnt delaftale om »Air Lift Capacity«. Der skulle endvidere indgås kontrakt om at forestå

salg af eventuel overskydende kapacitet i flyene og flyvetimer, som Forsvarskommandoen ikke selv kunne udnytte – i det følgende benævnt delaftale om »Broker service«.

Om kontraktens omfang fremgår følgende af udbudsbekendtgørelsen:

»Strategic airlift (fulltime air charter up to 3.000 flying hours per year), including an option for ad hoc short term air charter, and a broker contract.

Further more an option to prolong the airlift contract. All contracts (which have a duration for 4 years) can be prolonged two times. Each time with 12 months.

The estimated value excluding VAT: 708 000 000 DKK.«

Den forventede værdi af aftalerne var i udbudsbekendtgørelsen fordelt med 690 mio. kr. på delaftalen om »Air Lift Capacity« og 18 mio. kr. på delaftalen om »Broker service«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 8. august 2009 havde følgende 3 virksomheder, der alle blev prækvalifikation, anmodet om prækvalifikation vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«:

1. Cimber Air A/S
2. Konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd.
3. Air Charter International.

Ved udløbet af fristen havde 3 virksomheder, der alle blev prækvalificeret, anmodet om prækvalifikation vedrørende delaftalen om »Broker service«:

1. Cimber Air A/S
2. Avico UK and Ireland Limited
3. Hunt&Palmer Plc.

Udbuddet blev gennemført som et elektronisk udbud, og de prækvalificerede virksomheder fik elektronisk adgang til udbudsbetingelserne den 25. august 2008. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 6. oktober 2008 havde alle prækvalificerede virksomheder vedrørende begge delaftaler afgivet tilbud.

De 3 tilbud vedrørende delaftalen om »Broker service« var alle konditionsmæssige.

Forsvarskommandoen fandt, at ingen af de 3 tilbud vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« var konditionsmæssige, hvilket blev meddelt den 14. oktober 2008. Forsvarskommandoen valgte at anvende fremgangsmåden i Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, og overgik derfor til udbud med forhandling. Efter forhandlinger med tilbudsgiverne, og efter at Forsvarskommandoen havde udsendt reviderede udbudsbetingelser, blev der fastsat frist til den 17. november 2008 til at indlevere et nyt tilbud.

Forsvarskommandoen modtog tilbud fra alle 3 virksomheder, der tidligere havde afgivet tilbud vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«. Forsvarskommandoen fandt, at kun tilbuddet fra konsortiet Adagold Aviation Pty Ltd. og Inversija Ltd. (i det følgende benævnt konsortiet Adagold-Inversija) var konditionsmæssigt.

Den 25. november 2008 meddelte Forsvarskommandoen Cimber Air A/S, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt, og det blev samtidig meddelt, at kontrakten vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity« ville blive tildelt konsortiet Adagold-Inversija, og at kontrakten vedrørende delaftalen om »Broker service« ville blive tildelt Avico UK and Ireland Ltd.

Cimber Air A/S redegjorde i en e-mail af 26. november 2008 for, hvorfor det var uberettiget, at Forsvarskommandoen havde fundet virksomhedens tilbud ukonditionsmæssigt. På den baggrund besluttede Forsvarskommandoen alligevel at tage tilbuddet fra Cimber Air A/S i betragtning.

Forsvarskommandoen meddelte den 19. december 2008 Cimber Air A/S, at Forsvarskommandoen havde besluttet at indgå kontrakt med konsortiet Adagold-Inversija vedrørende delaftale om »Air Lift Capacity«.

Den 23. december 2008 indgav klageren, Cimber Air A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Forsvarskommandoen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 22. januar 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Parternes påstande

Klageren har i klageskriftet og et senere processkrift nedlagt en række påstande vedrørende begge delaftaler i den gennemførte udbudsforretning.

Under sagens forberedelse i Klagenævnet har indklagede nedlagt påstand om, at klagen afvises.

Klageren har nedlagt påstand om, at afvisningspåstanden ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af de øvrige påstande i sagen, indtil Klagenævnet har taget stilling til afvisningspåstanden. Denne kendelse vedrører derfor alene spørgsmålet om afvisning, som har været behandlet skriftligt.

Baggrunden for indklagedes påstand om afvisning

Den 5. februar 2009 deltog en repræsentant for klageren, program manager M. Fleischer, i et møde med direktøren for det ene selskab i konsortiet Adagold-Inversija, nemlig Inversija Ltd., der er hjemmehørende i Letland. Direktøren for Inversija Ltd., Efims Bruks, sendte den 11. februar 2009 følgende erklæring (»Affidavit«) til indklagede:

»...

1. I am a general director with Inversija...
2. Cimber Air of Denmark (»Cimber«) has tried to talk Inversija into providing it with Inversija's two (2) Latvian registered IL 76 aircraft (»the Aircraft«) to use fulfilling a Contract which Cimber hope to secure with the Danish Defence Force (»the DDF«).
3. My dealings with Cimber have been with a gentleman called Mr M. Fleischer...
4. Mr M. Fleischer insisted upon having a meeting with me. I reluctantly agreed to meet Mr M. Fleischer on 05.02.2009. We met at the Inversia office.
5. I informed Mr M. Fleischer that Inversija had already agreed with Adagold Aviation Pty Limited of Australia (»Adagold«) to provide Adagold with the Aircraft for Adagold to use performing its contract

with the DDF and that Inversija were not prepared to provide the Aircraft to Cimber.

6. Mr M. Fleischer informed me that Cimber had taken the DDF to court and that the first hearing was expected in April 2009 and that bearing in mind the summer holidays, the final decision will not be taken until August/September 2009.
 7. I replied that in this case Inversija would not be able to provide the Aircraft to anyone for the DDF contract as Inversija would not be able to wait until September 2009 and will have to accept other long term contracts to support the company.
 8. Mr M. Fleischer then tried to get me to agree to provide Cimber with the Aircraft on an ad hoc basis until the court's decision is given.
 9. I told Mr M. Fleischer that Inversija was not prepared to provide Cimber with the Aircraft on any basis.
 10. Mr M. Fleischer then told me that in the end Cimber being a Danish company had a greater chance of getting the Contract with the DDF.
- ...«

Indklagede har fremlagt en lydoptagelse fra mødet, der foregik på engelsk og russisk med deltagelse af tolk.

Det er indklagedes synspunkt, at klagerens repræsentant på mødet med Inversija Ltd.'s direktør oplyste, at endelig beslutning om indgåelse af kontrakt ikke kunne forventes at blive taget før til august/september 2009, at klageren som et dansk selskab havde større chance for at få kontrakten med indklagede, og at klagerens repræsentant opfordrede Inversija Ltd. til at stille fly til rådighed for klageren i strid med den aftale, som Inversija Ltd. har indgået med Adagold Aviation Pty Limited. Indklagede finder, at klagerens henvendelse til den ene af deltagerne i konsortiet Adagold-Inversija er »dybt illoyalt og tillige løgnagtigt«, dels fordi det ikke er korrekt, at kontrakt ikke vil kunne indgås, idet klagen ikke blev tillagt opsættende virkning, dels har klagerens henvendelse til formål at sabotere resultatet af udbudsforretningen ved at forsøge at franarre den ene af deltagerne i konsortiet Adagold-Inversija kontrakten.

Om sin henvendelse til Inversija Ltd. har klageren bl.a. oplyst, at klageren løbende har haft kontakt til Inversija Ltd. vedrørende et nærmere sam-

arbejde, også hvis indklagede havde tildelt klageren kontrakten vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«. Der har endvidere fra Inversija Ltd.'s side været opfordring til klageren om at opkøbe selskabet. Mødet den 5. februar 2009, som blev afholdt efter forudgående aftale mellem klageren og Inversija Ltd., var blot en fortsættelse af et kommercielt forhold, som ikke havde forbindelse til indklagedes udbud.

Forsvarsministeriet anmodede ved aktstykke nr. 117 af 10. marts 2009 om Finansudvalgets tilslutning til at anvende op til 660 mio. kr. til fuldtids-chartring og drift af en strategisk lufttransportkapacitet, benævnt LUFT-ARK-projektet 2009-2012.

Klageren rettede ved e-mail af 16. marts 2009 henvendelse til Finansministeren, Forsvarsministeren, Finansministeriet, Forsvarsministeriet, Finansudvalgets medlemmer og Forsvarsudvalgets medlemmer. Følgende fremgår af e-mailen:

»...

Projektet LUFTARK er omfattet af EU's udbudsdirektiv og har derfor været igennem en udbudsproces.

Aktstykket forelægges nu med henblik på at kunne indgå kontrakt primo 2009 med det vindende konsortium bestående af den australske brokervirksomhed Adagold Aviation og det lettiske luftfartsselskab Inversija.

Cimber har deltaget i udbuddet og var oprindelig eneste byder der kunne prækvalificeres. Efter en fornyet prækvalifikationsrunde blev flere bydere prækvalificeret.

...

Forsvarskommandoen erklærede ... at kun Adagolds tilbud levede op til konditionerne. Dette accepterede Cimber ikke. Vi fremførte vore argumenter for at vi opfattede vort tilbud som i overensstemmelse med konditionerne, og efter konsultation af kammeradvokaten var Forsvarskommandoen enig heri.

Vort tilbud blev derfor alligevel evalueret, men resultatet var det samme. Adagold konsortiet blev udpeget som vinder.

På baggrund af den viden vi havde om udbudsprocessen anlagde vi klagesag ved Klagenævnet for Udbud. Klagesagen verserer stadig, og un-

dervejs har Cimber for at få effektueret den af Klagenævnet statuerede aktindsigt måttet rette en klage til Folketinget Ombudsmand over Forsvarskommandoens (og Kammeradvokatens) forvaltning.

Allerede ud fra den delvise aktindsigt vi har fået hidtil i klagesagen, har vi vurderet at Forsvarskommandoen har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper i evaluerings- og tildelingsprocessen og at Forsvarskommandoen i forbindelse med forhandlingsfasen har tilrettelagt tilbudsevalueringen til det vindende konsortiums fordel samt bistået det vindende konsortium i forbindelse med tilbudsudarbejdelsen.

Derudover har kammeradvokaten i et af sine processkrifter for Klagenævnet for Udbud anvendt et sprogbrug om en af Cimbers medarbejdere, som ikke efterlod os anden mulighed end at indbringe en klage til Advokatnævnet over Kammeradvokaten.

Det er vor vurdering, at når Kammeradvokaten må gribe til denne form for skriftveksling, må det være fordi han ikke har saglige argumenter at fremføre. ...

På baggrund af ovenstående er Cimber af den opfattelse, at der bør være god grund til at udsætte behandlingen af Aktstykke 117, og endvidere til at pålægge Forsvarskommandoen ikke at indgå kontrakt med Adagold konsortiet før dels klagesagen er afgjort og før Forsvarsministeren har været i samråd om sagen. Klagenævnet for Udbud har myndighed til at annullere ulovlige beslutninger eller pålægge ordregiveren at lovliggøre udbudsforretningen og pålægge ordregiveren at yde klageren en erstatning for tab, der er lidt som følge af overtrædelse af udbudsreglerne. Det kan derfor få betydelige negative økonomiske konsekvenser at indgå kontrakt, hvis Cimber får ret i at bl.a. evaluering og tildeling er sket i strid med udbudsreglerne, idet Cimber i så fald vil søge sit mistede dækningsbidrag erstattet.

...«

Et af folketingets medlemmer stillede en række samrådsspørgsmål til forsvarsministeren under titlen »diverse påstande vedr. »Strategisk Lufttransport««. Der har endvidere været en del medieomtale af bl.a. udbudsprocessen og det politiske forløb om behandlingen af aktstykke 117. Det fremgår, at klageren har sendt en e-mail til medierne med omtale af selskabet Adagold Aviation Pty Ltd., herunder vedrørende selskabets mulighed for at løfte opgaven og selskabets økonomiske tilstand.

I den omtalte e-mail, som klageren har sendt til et folketingsmedlem den 15. februar 2009, har klageren beskrevet sin opfattelse af forløbet af ud-

budsforretningen. Klageren har i den forbindelse endvidere anført følgende vedrørende selskabet Adagold Aviation Pty Ltd.:

»...

Det synes for os betænkeligt, at et lille (ca. 10 medarbejdere) ukendt økonomisk svagt selskab fra Australien skal tilbydes en 4 årig kontrakt til næsten en Mia. DKK. Ydermere er der talrige avisartikler om Adagold, der omtaler bestikkelse, bedrageri, medhjælp til valgfusk i Afrika og flyvning med Guantanamo fanger for CIA.

Adagold er ikke et luftfartsselskab, men opererer efter hvad vi har kunnet få oplyst gennem Inversija i Riga (et russisktalende selskab, der flyver med Ilyushin 76 fragtfly).

Inversija skal så indleje et tredje selskabs fly (måske Boeing 737-300), der kan flyve passagerer. Denne tredje part er dukket op i sidste tender uden at være prækvalificeret.

...

3. Det er endvidere stærkt bekymrende, hvis Adagold vinder, at dansk forsvar vil blive fløjet af udlændinge der ikke umiddelbart kan få en dansk sikkerheds godkendelse. Disse flyvninger vil være følsomme ift. passager- og materiellister. Adagold kan endvidere ikke betjene Grønland og Færøerne, da de ikke har de rette fly.

På ovennævnte baggrund mener jeg at FKO's afgørelse er meget kritisk. Det bekymrer mig at danske soldaters sikre transport ikke er prioritet 1.

Adagold har skrevet til FKO, hvilket fremgår af Kammeradvokatens skrivelse til Klagenævnet 15 jan, at Adagold eller konsortiet er ved at gå konkurs, så derfor er det nødvendigt, mener FKO og Kammeradvokaten, hurtigst muligt at indgå en kontrakt med Adagold. At Adagold har en meget dårlig økonomi fremgår af kreditvurderingen fra det internationalt anerkendte Dun & Bradstreet. Besynderligt at FKO ikke fra starten fik en af en offentlig myndighed udstedt Serviceattest, som det er sædvane i sådanne udbud, men i stedet er udokumenteret Solem Declaration kun underskrevet af byderen ifm prækvalifikationen. Jeg tror at LARK bliver en gentagelse af Samaritten. Til skade for soldaternes transport og Forsvarets omdømme.

Afslutningsvis undrer det mig at FKO har så travlt med at »eksportere« danske arbejdspladser og skatte kroner til Australien. Endvidere er jeg/Cimber Sterling bekendt med at flere NATO lande (USA, Holland, England og andre) har nøjagtigt samme behov som Danmark med hensyn til transport til Afghanistan. Når/hvis Cimber Sterling vinder kontrakten, vil det medvirke til Cimber Sterling's accept/blåstempling hos vore NATO partnere. Den økonomiske forskel på Adagold og Cimber Sterling er i bedste fald minimal. ...

...«

Parternes anbringender

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at klageren ikke har en loyal retlig interesse i at gennemføre klagesagen. Dette viser klagerens adfærd dels over for Inversija Ltd. under mødet den 5. februar 2009, dels ved klagerens forsøg på at overbevise bl.a. Forsvarsudvalget og Finansudvalget om, at Adagold Aviation Pty Ltd. er uvederhæftigt og økonomisk ustabil. Klageren har endvidere været kilden til de skarpe udfald og den smædekampagne mod Adagold Aviation Pty Ltd., herunder beskyldninger om bestikkelse, bedrageri, medhjælp til valgfusk i Afrika samt hemmelige flyvninger med Guantanamo fanger for CIA tillige med beskyldninger om at være i økonomiske vanskeligheder.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at klagen strider mod lov og ærbarhed, jf. Danske Lov 5-1-2, idet klagerens påstande under klagesagen er »et skalkeskjul for en uhæderlig varetagelse af Cimber Air A/S' interesse, der umaskeret fremstår som et krav om diskriminering på grundlag af nationalitet«. Klageren forsøger ved sin adfærd at fremkalde en situation, som er omfattet af aftalelovens § 30 og § 33. Under alle omstændigheder strider adfærden mod almindelig hæderlighed og god forretningsmoral.

Endelig strider klagerens adfærd mod grundlæggende udbudsretlige principper, idet klageren søger at forbeholde den strategiske lufttransportkapacitet for et dansk selskab. E-mailen af 15. februar 2009 viser, at klageren forsøger at gøre en udbudssag til et politisk anliggende med et udbudsretligt klart ulovligt sigte, herunder til et spørgsmål om valg af en dansk leverandør, begrundet i hensyn til danske arbejdspladser og danske skattekroner, og at klageren åbenbart mener, at udlændinge ikke bør foretage transportopgaver for det danske forsvar.

Klageren har til støtte for påstanden om, at afvisningspåstanden ikke tages til følge, gjort gældende, at klageren har en retlig interesse i klagesagens behandling. Klagerens formål med klagesagen er enten at få tildelt kontrakten eller at få tilkendt erstatning. Klagerens retlige interesse skal vurderes på tidspunktet for klagens indlevering. En klagers efterfølgende kontakt til den tilbudsgiver, som ordregiveren har besluttet at tildele kontakten, har ingen betydning for klagerens retlige interesse i klagesagen.

Klageren har ikke varetaget eller forsøgt at varetage sine interesser på en u-hæderlig måde og har heller ikke handlet i strid med almindelig hæderlighed eller god forretningsmoral. Den omstændighed, at klageren har indleveret en klage, kan ikke stride mod lov og ærbarhed. Indklagede har ikke præciseret, hvordan Danske Lovs bestemmelse om, at aftaler indgået i strid med lov og ærbarhed er ugyldige, kan finde anvendelse i et tilfælde som det foreliggende. Aftalelovens § 30 og § 33 finder ikke anvendelse under behandlingen af en klage over et udbud. Klagenævnet har efter lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1, jf. § 1, stk. 1, ikke kompetence til at tage stilling til, om Danske Lov eller aftaleloven er overtrådt. Det bestrides under alle omstændigheder, at klageren har forsøgt at fremkalde en situation, der er omfattet af aftalelovens § 30 eller § 33.

Det har ingen relevans at anføre, at klageren har overtrådt udbudsretlige principper, idet klageren ikke er pligtssubjekt i henhold til Udbudsdirektivets regler. Hertil kommer, at klageren, som forbigået tilbudsgiver, ikke kan nationalitetsdiskriminere en tilbudsgiver, hvis tilbud er vurderet til at være det økonomisk mest fordelagtige, efter ordregiveren har besluttet at tildele kontrakten til denne tilbudsgiver.

Klagenævnet udtaler:

Indklagede meddelte den 19. december 2008, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med konsortiet Adagold-Inversija, og klageren indleverede den 23. december 2008 klage over det gennemførte udbud. Klageren har som forbigået tilbudsgiver en retlig interesse i klagen, jf. lov om Klagenævnet for udbud § 4, stk. 1, nr. 1. Der kan ikke i bestemmelsen indfortolkes et krav om »loyal retlig interesse«. Den omstændighed, at en repræsentant for klageren den 5. februar 2009 deltog i et møde med direktøren for Inversija Ltd., kan ikke medføre, at klageren ikke længere har en retlig interesse. Det oplyste om mødets indhold og forløb kan ikke føre til et andet resultat.

Klagenævnet har efter lov om Klagenævnet for Udbud kompetence til at behandle klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, herunder indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter omfattet af Udbudsdirektivet. Der skal således være tale om en offentlig ordregivers overtrædelse af – i dette tilfælde – Udbudsdirektivet. Klagenævnet har således ikke kompetence til at tage stilling til, om en forbigået tilbudsgiver ved sin adfærd, efter at den offent-

lige ordregiver har besluttet, hvem kontrakten skal tildeles, har overtrådt danske retsregler, herunder Danske Lovs bestemmelser om lov og ærbarehed, aftalelovens § 30 eller § 33 eller regler om almindelig hæderlighed og god forretningsmoral.

Klagenævnet besluttede den 22. januar 2009 ikke at tillægge klagen opsættende virkning, og indklagede var herefter berettiget til at indgå kontrakt med konsortiet Adagold-Inversija. På denne baggrund er det uden betydning for klagesagen, at klageren – for at varetage sine interesser – har fundet det hensigtsmæssigt at rette henvendelse til ministerier, ministre, folketingsudvalg, folketingsmedlemmer og medier.

Klagenævnet tager derfor ikke afvisningspåstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagedes påstand om afvisning af klagen tages ikke til følge.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig