

K E N D E L S E

Konsortiet Damm Cellular A/S og Pallas Informatik A/S
(advokat Niels Christian Ellegaard, København)

mod

Forsvarets Materieltjeneste
(Kammeradvokaten ved advokat Emil Andresen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2007/S 246-29993 af 21. december 2007 udbød Forsvarets Materieltjeneste som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en kontrakt om levering af lejrkommunikationssystem til det danske forsvar.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 12. februar 2008 var der indkommet tilbud fra 6 tilbudsgivere. Den 20. juni 2008 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Zenitel Denmark A/S, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne ved brev af samme dag.

Den 30. juni 2008 indgav klageren, Konsortiet Damm Cellular A/S og Pallas Informatik A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Forsvarets Materieltjeneste. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 8. juli 2008 besluttede Klagenævnet, at klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 23 ved at have afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt under henvisning til, at klagerens lejrradioudstyr ved demonstration heraf ikke levede op til krav nr. 4 og 7 i kravspecifikationen, uagtet det ikke af udbudsbetingelserne klart fremgår, at utilfredsstillende gennemførelse af testen ville medføre, at tilbuddet blev afvist.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1):

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 23 ved at have afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt under henvisning til, at klagerens lejrradioudstyr ved demonstration heraf ikke levede op til krav nr. 4 og nr. 7 i kravspecifikationen, uagtet klagerens udstyr levede op til disse krav ved demonstrationen, hvor det er konstateret, at klagerens udstyr i forhold til de nævnte krav henholdsvis »virker« og »virker, men ikke som tiltænkt«.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at have afvist tilbuddet fra Zenitel Denmark A/S, uagtet det ved demonstrationstest af denne tilbudsgivers udstyr blev konstateret, at det ikke opfyldte de fastsatte testkrav.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 20. juni 2008 om at indgå kontrakt med Zenitel Denmark A/S.

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 12.062.243 kr. med procesrente fra den 30. september 2008

Påstand 6 (subsidiær til påstand 5)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 696.000 kr. med procesrente fra den 30. september 2008.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 5 og 6 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 5 og 6, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 4.

Udbudsbekendtgørelsen af 18. december 2007 indeholder følgende:

- » For lejrkommunikationssystemet indgår følgende krav: Systemet, der skal bestå af basestationer med tilknyttede håndterminaler, skal være modulopbygget, således at disse kan udbygges i relation til antallet af abonnenter. Lejrkommunikationssystemet skal være NBO-kompatibelt. Lejrkommunikationssystemet skal have en managementdel, som giver mulighed for centralt at konfigurere systemet.....«

Under punkt II. 2.1) er ordrens samlede omfang oplyst til 17 komplette lejr-radiosæt bestående af i alt 34 antenner, 17 basisstationer og 935 håndterminaler. Dertil kommer uddannelse og vedligeholdelse. Den anslåede værdi er mellem 25 og 30 mio. kr. ekskl. moms.

Udbudsbetingelserne bestod af 17 punkter samt 7 bilag, herunder bilag 3 »Evalueringskema (teknisk specifikation for lejrradio)«.

Denne tekniske specifikation indeholder en række ufravigelige mindstekrav, herunder bl.a.:

- »...
- 4. Systemkontrollen skal kunne logge/lagre samtaler/data med tidsangivelse og identitet over en periode på min. 3 dage (harddisk kapacitet).
- ...
- 7. Systemkontrollen skal kunne foretage broadcastopkald med og uden svarmulighed....«

I udbudsbetingelserne er i det afsluttende punkt 17 anført:

- »FMT anmoder afslutningsvis om tilsagn til efter modtagelsen af tilbud, men forud for kontrakttildeling, at overvære en demonstration, hvor det verificeres, at det i tilbuddet beskrevne materiel også i praksis lever op til de oplyste tekniske specifikationer. Demonstrationen udføres hos tilbudsgiver eller på et af denne udpeget sted. Tilbudsgivers eventuelle omkostninger ved at forestå præsentationen afholdes af tilbudsgiver selv.«

Der er fastsat følgende underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«:

»

I	Tekniske specifikationer	30 %
II	Brugervenlighed	15 %
III	Pris	30 %
IV	Leveringstid	15 %
V	Vedligeholdelsesaftale	10 %

«

2 af de indkomne tilbud blev afvist, fordi de ikke opfyldte udbudsbetingelserne. De øvrige 4 tilbudsgivere opnåede ved evalueringen følgende placeringer:

Tilbudsgiver	Vægtet score
Zenitel	7,40
Klageren	7,25
Radiocom	5,4
Danimex	5,05

Indklagede besluttede at gennemføre den test, der er anført i udbudsbetingelsernes punkt 17, med såvel Zenitel Denmark A/S som klageren, idet man ønskede med det samme at kunne afgøre, om kontrakten kunne tildeles den tilbudsgiver, der havde opnået næstflest point, det vil sige klageren, såfremt det ved testen viste sig, at Zenitel Denmark A/S' løsning ikke i praksis kunne leve op til udbudsbetingelsernes mindstekrav.

Den 14. marts 2008 modtog klageren således følgende indkaldelse:

»Med henvisning til udbudsskrivelsens pkt. 17 skal [indklagede] hermed anmode [klageren] om mandag d. 14. april 2008 at deltage i en demonstration og test af det af Dem tilbudt lejrradiosystem.

Formålet med demonstrationen og testen er at verificere, at det i Deres tilbud beskrevne materiel også i praksis lever op til de tekniske specifikationer, der fremgår af udbudsmaterialet, navnlig bilag 1 og 3.

De ved demonstrationen og testen af [indklagede] anvendte testskema samt yderligere relevante oplysninger for opstillingstesten udsendes senest 31. marts 2008.

...«

Testskemaets punkt 2 svarer til kravspecifikationens punkt 4. Testskemaets punkt 29 svarer til kravspecifikationens punkt 7.

Klageren modtog kopi af det testskema, der var blevet udfyldt i hånden sideløbende med afprøvningen af klagerens udstyr. Punkt 2 var afkrydset med »Virker, men ikke efter hensigten«. Punkt 29 var afkrydset med »Muligheden ikke til stede«.

Sideløbende udarbejdede indklagede et notat med uddybende kommentarer til de enkelte punkter i skemaet. Om punkt 2 og punkt 29 hedder det her:

»2. Voice logger virker fint kontrol lavet på radio og ISDN, men SDS kan ikke vises. Skal være færdig hvis Damm skal levere.

...

29. Man kan ikke lægge grupper sammen, derfor kan man ikke kalde to eller flere grupper på samme tid.«

Da indklagede blev klar over fejltagelsen i det håndskrevne testskema, reviderede indklagede testskemaet, således at der ud for punkt 2 og punkt 29 i testskemaet vedrørende klageren blev anført »Virker ikke«.

Resultatet af afprøvningen af Zenitel Denmark A/S tilbudte løsning var efter indklagedes opfattelse, at mindstekravene var opfyldt. Indklagede har efterfølgende – som svar på klagerens provokation – udarbejdet en rapport af 25. november 2008, der uddybende begrundet denne opfattelse.

Den 20. juni 2008 meddelte indklagede klageren, at klagerens tilbud var afvist som ukonditionsmæssigt, da det ikke opfyldte følgende to krav i kravspecifikationen:

»1. Krav om Systemkontrollen **skal** kunne logge/lagre samtaler/data med tidsangivelse og identitet over en periode på min. 3 dage (harddisk kapacitet), jf. pkt. 4 i »Tekniske krav for lejrradiosystem« i bilag 3 i udbudsmaterialet.

2. Krav om at »Systemkontrollen **skal** kunne foretage broadcastopkald med og uden svarmulighed«, jf. pkt. 7 i »Tekniske krav for lejrradiosystem« i bilag 3 til udbudsmaterialet.

...«

Den 12. september 2008 annullerede indklagede udbuddet. Indklagede oplyste i duplikken af samme dato som begrundelse, at indklagede under arbejdet med klagesagen blev opmærksom på forhold, som udgjorde en saglig grund til at annullere udbuddet. Således har en medarbejder hos indklagede i perioden fra indlevering af endelige tilbud til afslutningen af udbudsforretningen rettet henvendelse til samtlige tilbudsgivere angående præciseringer af oplysninger i de afgivne tilbud vedrørende bl.a. pris og leveringstid. Evalueringen af tilbuddene er således for så vidt angår underkriterierne pris og leveringstid ikke foretaget udelukkende på baggrund af oplysningerne i tilbuddene.

Indklagede har tilkendegivet at ville gennemføre nyt udbud vedrørende anskaffelsen af lejrradiosystemer og har gjort samtlige tilbudsgivere opmærksom herpå.

Salgsdirektør Moritz Hynkemejer har den 19. januar 2009 afgivet en skriftlig erklæring dels om udbuddets forløb, dels om klagerens tilbud.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det ikke eksplicit er anført i udbudsbetingelserne, at en ikke tilfredsstillende gennemførelse af den test, der er nævnt i pkt. 17, vil få den konsekvens, at tilbuddet ikke tages i betragtning. Testen kan alene have haft til formål at kontrollere, om tilbudsgiverne levede op til det, der fremgår af tilbuddene. Dette understøttes af, at tilbuddet fra Zenitel Denmark A/S ikke blev afvist til trods for, at testen af dette tilbud efter klagerens opfattelse viste flere og mere graverende fejl end konstateret ved testen af klagerens tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at en ordregiver har ret til at kontrollere rigtigheden af tilbudsgivernes oplysninger. Tilbudsgiverne kan ikke have været tvivl om, at det måtte føre til tilbuddets afvisning, såfremt det ved testen viste sig, at tilbuddet ikke levede op til et eller flere ufravigelige mindstekrav.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af den gennemførte test, at klagerens tilbud levede op til de tekniske specifikationer. Kravspecifikationens punkt 7 relaterer sig til testens punkt 22 og 23, hvor klagerens udstyr virkede korrekt.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbudte udstyr ikke opfyldte de tekniske krav, og har supplerende anført, at testskemaets punkt 29 ikke alene dækker over kravspecifikationens punkt 7, men også over punkt 14 (vedrørende basisstationer) og punkt 15 (vedrørende håndstationer). Klagerens tilbud opfyldte således ikke flere af de ufravigelige mindstekrav end dem, der er nævnt i indklagedes meddelelse om afvisning af klagerens tilbud af 20. juni 2008.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Zenitel Denmark A/S på flere punkter ikke opfyldte mindstekravene, og at dette viste sig ved den afholdte test. Klageren har nærmere redegjort for sin opfattelse.

Indklagede har gjort gældende, at den løsning, som Zenitel Denmark A/S tilbød, ved den gennemførte test viste sig at opfylde mindstekravene. Indklagede har nærmere redegjort for sin opfattelse.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 4

Klagenævnet tiltræder indklagedes vurdering af, at indklagede har begået grove fejl ved at rette henvendelse til tilbudsgiverne om forståelsen af de enkelte tilbud, og at der derfor har foreligget en saglig grund til at annullere udbuddet. Klagenævnet tager derfor ikke stilling til påstand 4.

Om de øvrige påstande bemærkes:

Ad påstand 1 og 2

Klagerens påstand 1 og påstand 2 vedrører spørgsmålet om, hvorvidt indklagede i strid med Udbudsdirektivets artikel 23 (og Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed) har afvist klagerens tilbud. Påstand 1 støttes på et anbringende om, at indklagede *ikke lovligt kunne* afvise klagerens tilbud med henvisning til resultatet af demonstrationstesten, mens den subsidiære påstand 2 støttes på et anbringende om, at klagerens tilbud *var* konditionsmæssigt og derfor ikke kunne afvises.

Af udbudsbetingelserne fremgik, at indklagede efter modtagelsen af tilbud, men forud for kontrakttildelingen anmodede om »at overvære en demonstration, hvor det verificeres, at det i tilbuddet beskrevne materiel også i praksis lever op til de oplyste tekniske specifikationer....«.

Indklagede er berettiget til som fastsat i udbudsbetingelserne inden kontrakttildelingen at kontrollere rigtigheden af de afgivne oplysninger i tilbuddene, og konsekvensen af, at det konstateres, at de givne oplysninger ikke kan verificeres, må nødvendigvis være afvisning af tilbuddet, såfremt oplysningerne vedrører krav, der skal opfyldes.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Klageren har til støtte for anbringendet om, at klagerens tilbud opfylder krav nr. 4 og nr. 7 i kravspecifikationen, gjort gældende, at det fremgår af det håndskrevne testskema, at testen er faldet tilfredsstillende ud, idet kravopfyldelsen for så vidt angår de to omhandlede krav er afkrydset som »Virker, men ikke som tiltænkt« (punkt 2) og »Virker korrekt« (punkt 22/23).

Klagenævnet lægger - også efter den bevisførelse herom, som klagesagen har indebåret - til grund, at kravspecifikationens krav nr. 4 og nr. 7 svarer til punkt 2 og punkt 29 (og ikke punkt 22/23) i testskemaet, og at testen af det udstyr, som klagen tilbød, førte til, at det blev konstateret, at klagerens tilbud ikke opfyldte de ufravigelige mindstekrav nr. 4 og nr. 7.

Påstanden 2 tages derfor heller ikke til følge.

Ad påstand 3

Efter indklagedes uddybende redegørelse er der ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig