

K E N D E L S E

Fayard A/S
(selv)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Morten Kroon, København)

Den 21. november 2019 udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) som et miniudbud opgaven ”THETIS MK 2020”. Opgaven vedrørte gennemførelse af arbejder i forbindelse med mellemfaldende classesyn (MC-I) af inspektionsfartøjet THETIS med tilhørende vedligeholdelses- og reparationsarbejder efter specifikation.

Opgaven blev udbudt i henhold til en rammeaftale vedrørende standard værftsarbejder inklusive service og vedligeholdelse af skibe med en tonnage mellem 3.000 og 4.000 ton (LOT 2), som var indgået den 24. januar 2017 mellem FMI og tre leverandører, herunder Fayard A/S (herefter Fayard). Rammeaftalen var indgået efter offentligt udbud i henhold til udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 064-113413.

Ved udløbet af tilbudsfristen den 14. januar 2020 havde FMI modtaget tilbud fra alle leverandører på rammeaftalen, herunder Fayard.

Ved meddelelse af 16. januar 2020 afslog FMI Fayards tilbud som ikke konditionsmæssigt med den begrundelse, at tilbuddet ikke indeholdt en erklæring om anvendelse af sikkerhedsgodkendt personale til løsning af de omfattede

opgaver. FMI oplyste samtidig, at FMI agtede at indgå aftale med Orskov Yard A/S om udførelse af opgaven. Derudover oplyste FMI, at FMI i overensstemmelse med opfordringskrivelsen ville holde en frivillig standstillperiode med udløb den 27. januar 2020.

Den 27. januar 2020 indgav Fayard klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Fayard anmodede ikke i forbindelse med indgivelsen af klagen om, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Den 28. januar 2020 indgik FMI kontrakt med Orskov Yard A/S om udførelse af opgaven.

Fayard har efterfølgende protesteret over, at FMI valgte at indgå kontrakt, men har ikke anmodet om, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Fayard har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at den opstillede betingelse omkring sikkerhedsgodkendte ansatte til tjenestebrug ikke er proportional, og at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelses beslutning af 16. januar 2020 om at indgå kontrakt med Orskov Yard A/S.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 064-113413 udbød FMI efter direktiv 2009/81/EF (forsvars- og sikkerhedsdirektivet) P-SKIB rammeaftaler vedrørende udførelse af alle sædvanlige værftsarbejder, herunder service og vedligeholdelse mv. på Forsvarets skibe. P-SKIB er en forkortelse for Projekt-skib.

P-SKIB rammeaftalerne blev opdelt i seks selvstændige rammeaftaler, LOT 1-6, under hvilke de enkelte fartøjer blev inddelt efter dokvægt. LOT 2-rammeaftalen omfatter fire militære fartøjer, herunder THETIS.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår:

”Description of particular conditions:

1) The supplier and any sub-supplier will be required to ensure that only authorized personnel have access to classified information or material in the course of performance of the framework agreement.”

Efter gennemførelsen af udbuddet indgik FMI den 24. januar 2017 LOT 2-rammeaftaler med 3 leverandører, herunder Fayard og Orskov Yard A/S.

LOT 2-rammeaftalerne indeholder følgende betingelser for leverandørernes sikkerhedsgodkendelse, jf. punkt 17.4:

”The Supplier undertakes to ensure that only Supplier personnel or Sub-contractor personnel with appropriate security clearance gain access to classified material or information.

Access to and treatment of classified matters and documents, shall be governed by the NATO security regulations laid down in NATO document C-M (2002) 49, cf. Appendix 7.”

Af bilag 7, som der henvises til i rammeaftalens punkt 17.4, og som har overskriften ”NATOs sikkerhedsregulativer”, fremgår bl.a.:

”The Supplier and any Subcontractor(s) are required to comply with NATO Security Regulations as implemented by the National Security Authority of the country in which the work is performed.

1. THE SUPPLIER SHALL:

1) Safeguard all classified information and material in accordance with the requirements established by the National Security Authority of the country in which the work is performed.

...

3) Submit personal particulars for the persons participating in the project in due time to this National Security Authority with the purpose of obtaining security clearances at the required level.

...

- 8) Deny access to NATO classified information to any persons other than those authorized.

...

- 12) Obtain the approval of DALO before beginning negotiations with a view to subcontracting any part of the work which would involve the sub-supplier having possible access to NATO classified information, and make certain that the sub-supplier is subject to appropriate security obligations which in no case may be less stringent than those provided for in this Framework Agreement.

...

2. CLEARANCE AND CLEARANCE LEVEL

Any person taking part in the performance of classified work must possess the appropriate NATO security clearance issued by his National Security Authority. The level of this clearance must be at least equal to the security category of the material, the related information or specifications. No change in level of classification of documentation or material shall be carried out by Supplier unless written authorization is obtained from DALO.

...”

FMI har oplyst, at skibene under LOT 2-rammeaftalen, herunder THETIS, følger internationale regler og standarder for periodiske classesyn, der skal overholdes for at opnå/forny den certificering (klasning), som er nødvendig for, at skibene må være i drift og anvendes operationelt.

THETIS er klassificeret til klassifikationsgraden ”TIL TJENESTEBRUG”. Klassifikationsgraden anvendes om informationer, der ikke må offentliggøres eller komme til uvedkommendes kendskab.

Miniudbuddet vedrører gennemførelse af arbejder i forbindelse med et mellemfaldende classesyn af THETIS, herunder tilhørende vedligeholdelses- og reparationsarbejder. Af invitationen til at deltage i miniudbuddet fremgår:

”...

Opgaven udbydes i henhold til P-SKIB rammeaftalerne for LOT2, som THETIS indgår i.

De arbejder, der skal udføres under dette miniudbud kræver, at både I som virksomhed og jeres medarbejdere skal have adgang til områder og tegninger, som af sikkerhedsmæssige årsager er klassificeret. Virksomheden og de medarbejdere, som skal have adgang til det klassificerede områder og dokumentation skal være sikkerhedsgodkendt til TIL TJENESTEBRUG. I bedes i forbindelse med indsendelse af tilbuddet oplyse,

om de medarbejdere, der skal udføre arbejdet er sikkerhedsgodkendt. I er som leverandør ligeledes forpligtet til at sikre, at jeres underleverandører opfylder de sikkerhedsmæssige krav jf. rammeaftalens punkt 17.4. Manglende opfyldelse af Forsvarets grundlæggende krav til sikkerhed anses for en væsentlig mangel og vil give FMI adgang til øjeblikkeligt at hæve aftalen eller se bort fra tilbuddet. Dette gælder også for eventuelle underleverandører.

FMI skal gøre opmærksom på, at hele skibet er klassificeret TIL TJENESTEBRUG lige som skibsdokumentationen er. Alle, både jeres firmas ansatte og ansatte fra de underleverandører I måtte anvende, skal derfor være sikkerhedsgodkendt til som minimum TIL TJENESTEBRUG, eller være konstant overvåget af en sikkerhedsgodkendt medarbejder. Af ressourcemæssige grunde har FMI ikke mulighed for at stille personel til rådighed for en sådan følgeopgaven for andet end højere klassificerede systemer eller rum.

...”

Af opgavebeskrivelsen med tilhørende kravspecifikation fremgår bl.a., at leverandørens tilbud skal indeholde en option om køb af fire lastvandsseparatorer med en nærmere angivet godkendelsesattest (certifikat).

Den 5. december 2019 blev der afholdt et informationsmøde med besigtigelse ved Flådestation Frederikshavn. Ved informationsmødet deltog blandt andre Fayard. Af referatet fra mødet fremgår bl.a.:

”Efter NN1s gennemgang af specifikationen oplyste NN2 følgende om sikkerhed og sikkerhedsgodkendelse:

Der er i forsvaret i dag meget stor fokus på sikkerhed og herunder sikkerhedsgodkendelse af de virksomheder og personer som har med vores skibe at gøre.

I den forbindelse skal jeg bede jer være opmærksom på de formuleringer som er i den invitationsmail I modtog via ETHICS (Kopi af omhandlede formulering blev uddelt på mødet).

Af den fremgår at skibet som helhed er klassificeret TIL TJENESTEBRUG, at virksomheden som skal udføre opgaven skal være sikkerhedsgodkendt til minimum TIL TJENESTEBRUG, og at de personer som skal have adgang til dokumentation om opgaven, f.eks. tegninger, og de personer som skal udføre arbejdet, skal være sikkerhedsgodkendt til TIL TJENESTEBRUG. Det sidste kan dog omgås ved at der er en sikkerhedsgodkendt person som ledsager en ikke sikkerhedsgodkendt ansat. Men også dette skal værftet som udgangspunkt selv kunne håndtere. Forsvaret

vil kun i ganske særlige situationer kunne stille personel til rådighed til at ledsage værftets personel, nemlig i områder der er klassificeret højere end TIL TJENESTEBRUG.

FMI er blevet pålagt fremover at efterleve reglerne om sikkerhedsgodkendelse meget striks. Derfor vil kravene i rammeaftalen fremover – som I jo alle er bekendt med – og præciseringen af, at dokumentation og skibene er klassificeret blive håndhævet. Alle har haft rimelig tid, hvorfor kravet om, at et skibsværft, i rammeaftalen, skal være sikkerhedsgodkendt på virksomhedsniveau, og have rådighed over et tilstrækkelig antal sikkerhedsgodkendte ansatte, senest ved starten på værftsperioden skal være opfyldt, for at skibsværftet kan få lov til at arbejde på Forsvarets skibe.”

Efter informationsmødet blev der gennemført besigtigelse på søsterskibet HVIDBJØRNEN.

Af spørgsmål og svar vedrørende miniudbuddet fremgår:

”Spørgsmål nr. 1:

Iht. Referat fra informationsmøde og besigtigelse på miniudbud på THETIS MK hermed citat fra skriv angående sikkerhedsgodkendt til minimum TIL TJENESTEBRUG " I bedes i forbindelse med indsendelse af tilbuddet oplyse, om de medarbejdere, der skal udføre arbejdet er sikkerhedsgodkendte"

Spørgsmål: Hvor skriver vi dette henne?, (Os oplyst, må vi ikke tilføje nogen tekst nogen steder i det materiale vi sender ind) Laver FMI en formular desangående, som værfterne så skal signere?

Svar:

Tilbudsgiver anmodes om at sende en separat erklæring sammen med tilbuddet.

Af erklæringen skal fremgå at:

- Tilbudsgiver bekræfter, at tilbudsgivers firma vil være sikkerhedsgodkendt til minimum TIL TJENESTEBRUG ved opgavens start.
- Tilbudsgiver bekræfter, at kun personer med personlig sikkerhedsgodkendelse til minimum TIL TJENESTEBRUG vil få adgang til dokumentation om opgaven og dennes udførelse, og at dette vil være gældende både for tilbudsgivers egne ansatte og ansatte ved underleverandører, som tilbudsgiver vil anvende.
- Tilbudsgiver bekræfter, at kun personer med personlig sikkerhedsgodkendelse til minimum TIL TJENESTEBRUG vil blive anvendt til udførelse af arbejde på skibet, og at dette vil være gældende både for

tilbudsgivers egne ansatte og ansatte ved underleverandører, som tilbudsgiver vil anvende.

- Med erklæringen skal tilbudsgiver fremsender liste med navne på tilbudsgivers egne ansatte og ansatte ved underleverandører, der forventes at være sikkerhedsgodkendt, og som tilbudsgiver forudser anvendt til arbejdet. FMI vil validere listen.

Spørgsmål nr. 2:

Vedr. Spørgsmål nr. 1: Navne på firma og alle ansatte som værftet agter at bruge.

Spørgsmål: Er det ikke nok at oplyse de navne på de firma vi agter at bruge? Dette er et større arbejde at samle alle navnene, desuden opstår der ansættelsesændringer hen ad vejen.

Svar:

Det er tilstrækkeligt at værftet oplyser navne på de underleverandørfirmaer som er kendt ved tilbudsafgivelsen. Ansatte fra underleverandørfirmaerne, hvis navne er kendt ved tilbudsafgivelsen kan også oplyses, men må udelades. Dog skal tilbudsgiver være opmærksom på, at det under alle omstændigheder er tilbudsgivers ansvar at sikre, at personel der anvendes er sikkerhedsgodkendt, og videre at i det omfang tilbudsgiver anvender ikke sikkerhedsgodkendt personale til udførelse af arbejder på eller om skibet, er det tilbudsgivers ansvar, at disse ikke sikkerhedsgodkendte personer altid er under opsyn af andet sikkerhedsgodkendt personale.

...”

Den 20. december 2019 sendte FMI en orienteringsskrivelse til samtlige leverandører under P-SKIB rammeaftalerne (LOT 1-6), herunder Fayard. Af skrivelsen fremgår bl.a.:

”Forsvarsministeriet, Materiel- og Indkøbsstyrelsen (FMI) udsender denne generelle orientering til Dem som leverandører på P-skib rammeaftalen (Lot 1-6), ...

De enkelte skibe samt den tilhørende dokumentation (tekniske tegninger mv. for det enkelte skib) under P-skib rammeaftalen (Lot 1-6) er klassificeret til klassifikationsgraden ”TIL TJENESTEBRUG” (...). Hertil kommer, at de af rammeaftalen omfattede arbejder anses for særdeles kritiske i forhold til at opretholde en tilstrækkelig operationel flådekapacitet.

FMI har over en længere periode fundet anledning til og grundlag for generelt at præcisere og indskærpe de krav til leverandørernes sikkerhedsgodkendelser, der allerede følger af særligt rammeaftalens pkt. 17.4 og bilag 7.

Således gør FMI opmærksom på, at det fremadrettet både kontraktretligt (som en del af indkøbsordren) og som et vilkår for deltagelse i miniudbud under P-skib rammeaftalen (Lot 1-6) vil være et krav, at de deltagende leverandører har de fornødne sikkerhedsgodkendelser til klassifikationsgraden "TIL TJENESTEBRUG" på både virksomheds- og medarbejder-niveau.

Dette vil gælde for samtlige miniudbud, der afholdes fra nu og frem til rammeaftalens udløb. Det bemærkes særligt, at leverandører, som ikke opfylder kravene til sikkerhedsgodkendelse på tidspunktet for afgivelse af tilbud i det enkelte miniudbud, vil være afskåret fra at afgive tilbud under det pågældende miniudbud.

Den endelige regulering af de ovenstående krav til sikkerhedsgodkendelse vil - i supplement til P-skib rammeaftalens (Lot 1-6) pkt. 17.4 og bilag 7 - fremgå udtrykkeligt af miniudbudsbetingelserne (bilag 3.A) samt den hertil hørende opgavebeskrivelse (bilag 3.B)."

Samtlige leverandører, der var indbudt til at afgive tilbud, herunder Fayard og Orskov Yard A/S, afgav tilbud inden fristens udløb den 14. januar 2020. Orskov Yard A/S afgav sammen med tilbuddet en erklæring om at anvende sikkerhedsgodkendt personale til løsning af opgaven samt vedhæftede en liste over engagerede underleverandører, der var sikkerhedsgodkendt til klassifikationsgraden "TIL TJENESTEBRUG". Fayards tilbud indeholdt ikke en erklæring om anvendelse af sikkerhedsgodkendt personale.

Samme dag, den 14. januar 2020, offentliggjorde FMI bekendtgørelse nr. 2020/S 009-018407 med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed. Bekendtgørelsen vedrører samtlige de indgåede P-SKIB rammeaftaler (LOT 1-6). Af bekendtgørelsen fremgår bl.a.:

"...

Der er under den indgåede rammeaftalens løbetid opstået et behov for at præcisere og tydeliggøre de krav til leverandørernes sikkerhedsgodkendelse, der allerede følger af rammeaftalen. Således tydeliggøres det, at det for fremtidige udbud under rammeaftalen både kontraktretligt (som en del af indkøbsordren) og som et vilkår for deltagelse i miniudbud under rammeaftalen (dvs. samtlige delrammeaftaler) vil være et krav, at de

deltagende leverandører har de fornødne sikkerhedsgodkendelser svarende til klassifikationsgraden på de skibe, som de udbudte arbejder skal udføres på.

Det bemærkes, at der med nærværende bekendtgørelse ikke er tale om indgåelse af en (ny) rammeaftale, men derimod tale om præcisering og tydeliggørelse af krav til leverandørerne under den allerede indgåede rammeaftale.

...”

Den 16. januar 2020 meddelte FMI afslag til Fayard. Af afslagsskrivelsen fremgår:

”FMI har foretaget en grundig gennemgang af de 3 rettidige modtagne tilbud.

FMI har desværre måttet konstatere, at jeres tilbud ikke indeholder den erklæring om anvendelse af sikkerhedsgodkendt personale til løsning af de omfattede opgaver, således som det fremgår af miniudbuddets invitationsmail og af miniudbuddets generelle annoncering; blev oplyst og fremhævet på informationsmødet hvor en repræsentant fra jeres firma var til stede, fremgår af mødereferatet fra informationsmødet, og fremgår af dokumentet ”spørgsmål og svar” som blev tilføjet miniudbudsmaterialet.

FMI har derfor vurderet at jeres tilbud ikke er konditionsmæssigt.

FMI beklager derfor at måtte meddele, at FMI ikke kan gøre brug af jeres tilbud.

FMI kan oplyse, at FMI agter at indgå aftale med Orskov Yard A/S om udførelse af opgaven.”

FMI har i forbindelse med klagesagens behandling oplyst, at Forsvarets og politiets efterretningstjenester som følge af det generelle trusselsbillede i 2018 meddelte, at Danmark var i et forhøjet sikkerhedsberedskab. For at værne sig mod forøgede trusselskabende aktiviteter, herunder en ”alvorlig trussel om spionage og terror”, besluttede FMI internt i november 2018 at have større fokus på og føre kontrol med P-SKIB rammeaftalernes krav om, at leverandørerne for at kunne udføre de nødvendige arbejder på skibene under rammeaftalerne skulle være sikkerhedsgodkendt på virksomheds- og personniveau.

FMI har endvidere oplyst, at FMI under et informationsmøde den 18. december 2018 i forbindelse med gennemførelse af et miniudbud under LOT 2-rammeaftalen vedrørende skibet VÆDDEREN henledte opmærksomheden på rammeaftalens bilag 7 og gjorde opmærksom på, at skibet som helhed var klassificeret TIL TJENESTEBRUG, og at den virksomhed, som blev tildelt opgaven, skulle være sikkerhedsgodkendt til mindst TIL TJENESTEBRUG, ligesom folk, som skulle ombord, skulle være sikkerhedsgodkendt til mindst TIL TJENESTEBRUG. Fayard var ikke til stede ved informationsmødet, men FMI har oplyst, at Fayard den 29. januar 2019 downloadede referatet af informationsmødet fra det elektroniske udbudssystem sammen med ”Vejledning om virksomhedssikkerhed, version 2.6., august 2018”.

FMI har derudover oplyst, at FMI i sommeren 2019 telefonisk drøftede det øgede fokus på kravene til leverandørernes sikkerhedsgodkendelse på virksomheds- og personniveau med Fayard og herunder opfordrede Fayard til at iværksætte den nødvendige ansøgningsproces for værftets personale. Oplysningerne er ikke bestridt af Fayard.

FMI har for klagenevnet fremlagt en opgørelse over antallet af sikkerhedsgodkendt personale hos Fayard og Orskov Yard A/S pr. 5. februar 2020.

FMI har tillige oplyst, at sagsbehandlingstiden hos Forsvarets Efterretnings-tjeneste for en sikkerhedsgodkendelse på personniveau ”TIL TJENESTE-BRUG” kan vare op til 6 måneder. Sagsbehandlingstiden for personer, der ikke har haft fast bopæl i Danmark de seneste 7 år, herunder også udenlandsk bosiddende personer, kan vare op til 12 måneder. Sagsbehandlingstiden for sikkerhedsgodkendelse af virksomheder kan vare op til 9 måneder.

FMI har derudover fremlagt Forsvarskommandoens ”Bestemmelser for den militære sikkerhedstjeneste” fra juli 2019, hvoraf fremgår bl.a.:

”Sikkerhedsgodkendelse af en virksomhed er en forudsætning for deltagelse i klassificeret arbejde.

[...]

I forbindelse med en virksomhedsgodkendelse skal virksomhedslederen, bestyrelsesformanden og samtlige bestyrelsesmedlemmer, sikkerhedschefen og en eventuel stedfortrædende sikkerhedschef være godkendt til virksomhedens klassifikationsgrad, dog som minimum FOR-TRO-LIGT.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Fayard har gjort gældende, at det er et almindeligt anerkendt krav til ordregiveren, at udbudsprocessen skal tilrettelægges og gennemføres proportionalt.

Det har imidlertid ikke været realistisk for noget værft, inklusive det vindende værft, at stille med et antal ansatte og underleverandører, som alle er sikkerhedsgodkendt til tjenestebrug gældende for en projektorganisation inkl. underleverandører inden for den meddelte frist i november 2019. Det må forventes, at et væsentligt antal personer vil deltage i tilbuddet og efterfølgende arbejdet med THETIS. Henset til sagsbehandlingstiderne ved de relevante offentlige myndigheder må det forventes, at det vil tage flere måneder at opnå en sikkerhedsgodkendelse til tjenestebrug for alle involverede parter.

Arbejder på et skibsværft er karakteriseret ved, at værftet er en form for "hovedentreprenør", som engagerer en række underleverandører, som ikke sjældent udgør størstedelen af de medarbejdere, som deltager i det konkrete arbejde. Flere af disse underleverandører vil ofte være internationale virksomheder med flere tusinde medarbejdere, som eksempelvis sender en montør ud for at udføre et konkret arbejde på et skib. Værftet vil på forhånd have indgået aftale med underleverandøren om arbejdet, men det vil ikke være klarlagt, hvilke konkrete personer underleverandøren sender til det pågældende job. Forinden tilbud afgives, vil der blive videregivet information til de relevante underleverandører for at kunne modtage deres priser, beskrivelse af jobudførelse, tidsplaner mv. Når der ses på, hvordan de prækvalificerede værfters arbejder og forretningsgange foregår, forekommer det opsatte krav om sikkerhedsgodkendelse for samtlige involverede personer uproportionalt. Kravet gælder ved tilbudsafgivelsen, og det må betragtes som en faktisk umulighed på det tidspunkt at vide, hvem den enkelte underleverandør konkret vil sende til at udføre det enkelte job.

Den angivne præmis om sikkerhedsgodkendt personale har ikke været mulig at opfylde og må anses for uproportional i forhold til det forventede arbejde på fartøjet og i forhold til at imødekomme de saglige behov, FMI måtte have. Introduktionen af et krav om sikkerhedsgodkendelse til tjenestebrug har dermed påvirket Fayards mulighed for at deltage i udbuddet.

Det bemærkes i øvrigt, at Fayard – modsat hvad FMI påstår – er sikkerhedsgodkendt på virksomhedsniveau. Godkendelsen udløber den 23. februar 2021. Samtidig bemærkes det, at dette punkt ikke er nævnt i afslaget.

Derudover forekommer det højst usandsynligt, at den vindende tilbudsgiver, Orskov Yard A/S, skulle have sikkerhedsgodkendt samtlige projektdeltagende underleverandører og medarbejdere, som deltog i tilbudsudarbejdelsen og skal deltage i arbejdet på THETIS. Ud fra FMIs beskrivelse af kravene til tilbudsgiverne må det afvises, at Orskov Yard A/S' erklæring og listen over medarbejdere i Orskov Yard A/S, som er sikkerhedsgodkendt, skulle være tilstrækkelig dokumentation til at opfylde FMIs krav, eftersom kravet gælder på personniveau for den enkelte medarbejder hos såvel værft som underleverandører.

Fayard har indtil nu ikke haft tilbud eller engagementer med FMI, som er blevet fundet ikke-konditionsmæssige som følge af kravet om sikkerhedsgodkendelse som minimum til tjenestebrug for samtlige ansatte og underleverandører. Det opsatte krav omkring sikkerhedsgodkendt personale som minimum til tjenestebrug må betragtes som en væsentlig ændring til de faktiske forhold i rammeaftalen for at kunne indgive et konditionsmæssigt og dermed anvendeligt tilbud. Den ændrede betingelse er således formuleret på en måde, så den de facto begrænser konkurrencen for tilbudsgiverne.

Fayard har på den baggrund gjort gældende, at tildelingen af opgaven ikke er foretaget korrekt, og udbuddet bør gå om.

For så vidt angår lastvandsseparatorerne har Fayard gjort gældende, at der i meddelelsen om afslag intet er nævnt om, at Fayards tilbud skulle være ukonditionsmæssigt som følge af, at der ikke var indleveret dokumentation for besiddelse af oplistede godkendelsesattester til lastvandsoperationer. Der er i øvrigt ingen af tilbudsgiverne, som har uploadet USCG certifikat til compliance med MEPC 109 (49), da alle anlæg på markedet er MEPC 107 (49) USCG godkendt.

FMI har overordnet gjort gældende, at FMI har handlet i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at afvise Fayards tilbud som værende ukonditionsmæssigt. Der er derfor ikke grundlag for at annullere FMIs tildelingsbeslutning af 16. januar 2020.

FMI har endvidere gjort gældende, at FMI ikke i forbindelse med udbuddet af THETIS MK 2020 har introduceret et nyt krav omkring sikkerhedsgodkendelse på personniveau TIL TJENESTEBRUG. Der har været krav herom fra det tidspunkt, hvor LOT 2-rammeaftalen trådte i kraft. Det fremgår klart af LOT 2-rammeaftalens pkt. 17.4, at leverandøren er forpligtet til at sørge for, at såvel egne medarbejdere som medarbejdere hos engagerede underleverandører er sikkerhedsgodkendt for at kunne få adgang til klassificeret materiale – altså de enkelte skibe – samt den tilhørende information, tekniske tegninger mv.

Kravene til leverandørernes sikkerhedsgodkendelse er beskrevet i rammeaftalens bilag 7, NATOs sikkerhedsregulativer, hvoraf det af pkt. 2 fremgår, at enhver person, der deltager i ”klassificeret arbejde” skal være sikkerhedsgodkendt til mindst samme klassificeringsniveau, som det materiale de skal behandle i forbindelse med udførelsen af de pågældende arbejder.

Det fremgår på den baggrund klart af udbudsbekendtgørelsen og LOT 2-rammeaftalen, at leverandørerne på LOT 2-rammeaftalen har pligt til at sikre, at leverandørernes medarbejdere er sikkerhedsgodkendt til ”TIL TJENESTEBRUG”.

Af denne grund må Fayards tilbud anses for ukonditionsmæssigt. Det skyldes, at Fayard ikke i forbindelse med indgivelse af sit tilbud på THETIS MK 2020 gav oplysninger om, at Fayards medarbejdere, der skulle udføre de udbudte opgaver, var sikkerhedsgodkendt. Fayard kunne ikke give disse oplysninger, da Fayard på tilbudstidspunktet kun havde én registreret sikkerhedsgodkendt medarbejder.

På grund af det generelle trusselbillede i 2018 traf FMI i november 2018 beslutning om at have større fokus på og føre kontrol med P-skib rammeaftalens krav i relation til leverandørernes sikkerhedsforhold. Formålet hermed var at værne sig mod det forstærkede trusselbillede med forøgede trusselsskabende aktiviteter, herunder en ”alvorlig” trussel om spionage og terror. Den 20. december 2019 sendte FMI en generel orienteringsskrivelse til leverandørerne, hvor det blev anført bl.a., at ”FMI har over en længere periode fundet anledning til og grundlag for generelt at præcisere og indskærpe de krav til leverandørernes sikkerhedsgodkendelser, der allerede følger af særligt rammeaftalens pkt. 17.4 og bilag 7”. Dette ændrer dog ikke på, at kravene

vedrørende sikkerhedsgodkendelse på personniveau klart fremgår af kontraktgrundlaget. Der er således ikke indført nogle nye sikkerhedsmæssige krav, men det har vist sig nødvendigt at have større fokus herpå. Tværtimod er der i realiteten tale om, at FMI beder tilbudsgiverne om at bekræfte, at de har styr på de sikkerhedsmæssige forhold, som har været gældende siden LOT 2-rammeaftalen blev indgået.

Den af FMI valgte fremgangsmåde var saglig, begrundet i det aktuelt vurderede trusselsniveau i Danmark og proportional.

Fremgangsmåden har heller ikke ført til, at nogle tilbudsgivere er givet uberegtigede fordele, eller til at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke er blevet overholdt. Leverandørerne på rammeaftalen har haft samme muligheder for at sikre, at de opfyldte rammeaftalens sikkerhedsbestemmelser. I realiteten burde alle tilbudsgiverne allerede ved indgåelse af LOT 2-rammeaftalen have sikret sig, at de havde de fornødne sikkerhedsmæssige godkendelser.

Det gøres således gældende, at det ikke er nyt for tilbudsgiverne, at fornødne sikkerhedsgodkendelser er en forudsætning for at arbejde på de omhandlede fartøjer, og at der ikke er tale om nye vilkår.

Ved besvarelsen af spørgsmål i forbindelse med udbudsprocessen fandt FMI, at det ikke var nødvendigt, at tilbudsgiverne skulle angive navne på egne sikkerhedsgodkendte medarbejdere eller underleverandørers sikkerhedsgodkendte medarbejdere, men at tilbudsgiverne blot skulle oplyse navnene på de underleverandører, ”som er kendt ved tilbudsafgivelsen”. Med denne besvarelse gjorde FMI det således i realiteten lettere for tilbudsgiverne at imødekomme de anførte krav, idet tilbudsgiverne dermed ikke skulle oplyse navnene på de medarbejdere hos værftet selv eller hos underleverandører, som de agtede at bruge, men alene bekræfte, at de medarbejdere, som de agtede at bruge, var sikkerhedsgodkendte. Desuden skulle tilbudsgiverne kun angive navnene på kendte underleverandører på tilbudstidspunktet. Fayard bærer selv ansvaret for, at de ikke i tide har fået indhentet de fornødne sikkerhedsgodkendelser.

FMI har vedrørende krav om sikkerhedsgodkendelse på virksomhedsniveau gjort gældende, at Fayards tilbud tillige var ukonditionsmæssigt, idet Fayard ikke afgav oplysninger om sikkerhedsgodkendelse på virksomhedsniveau, og

idet Fayards sikkerhedsgodkendelse på virksomhedsniveau var udløbet i marts 2019.

Fayard kan ikke have været i tvivl om, at det er et krav for at udføre opgaver på Forsvarets LOT 2-skibe, at værftet er sikkerhedsgodkendt på virksomhedsniveau. Kravet om sikkerhedsgodkendelse på virksomhedsniveau fremgår eksplicit af Bestemmelser for Den Militære Sikkerhedstjeneste af juli 2019 og Vejledning om virksomhedssikkerhed, og det er en forudsætning for kravene om sikkerhedsgodkendelse på personniveau i rammeaftalens pkt. 17.4 og bilag 7. Fayard har været sikkerhedsgodkendt på virksomhedsniveau siden efteråret 2001 og har været bekendt med kravet om sikkerhedsgodkendelse i adskillige år. Senest fik Fayard udstedt en sikkerhedsgodkendelse på virksomhedsniveau i 2016. Sikkerhedsgodkendelsen på virksomhedsniveau fra 2016 udløb allerede i marts 2019, idet den øverste ledelse hos Fayard ikke fik fornyet deres sikkerhedsgodkendelser på personniveau.

Der er ikke, eller der burde ikke være, noget nyt for Fayard i kravet om, at en virksomhed skal være sikkerhedsgodkendt på virksomhedsniveau for at kunne udføre opgaver på Forsvarets LOT 2-skibe.

Det forhold, at Forsvaret/FMI muligvis ikke har haft samme fokus på sikkerhedsbestemmelserne i de miniudbud, hvor Fayard blev tildelt kontrakt, kan ikke føre til, at Fayard har et berettiget krav eller forventning om, at LOT 2-rammeaftalens sikkerhedsbestemmelser ikke skal overholdes.

Fayards tilbud var således også ukonditionsmæssigt som følge af, at tilbuddet ikke indeholdt de efterspurgte oplysninger vedrørende Fayards sikkerhedsgodkendelse på virksomhedsniveau.

Orskov Yard A/S' tilbud opfylder de stillede sikkerhedsmæssige krav og er som følge heraf konditionsmæssigt på dette punkt. Orskov Yard A/S er sikkerhedsgodkendt på virksomhedsniveau, og Orskov Yard A/S har et antal sikkerhedsgodkendte medarbejdere, der væsentligt overstiger det antal sikkerhedsgodkendte medarbejdere, som Fayard har vurderet var nødvendigt for den udbudte opgave.

FMI har derudover gjort gældende, at Fayards tilbud også var ukonditionsmæssigt som følge af, at kravet vedrørende optionen på indkøb af lastvands-

separatorerne ikke var opfyldt i tilbuddet. Af kravspecifikationen fremgår således, at det af leverandøren afgivne tilbud vedrørende indkøb af lastvandsseparatorer skal indeholde dokumentation for besiddelse af en række oplistede godkendelsesattester. Der er tale om en åbenlys slåfejl, at der henvises til IMO MEPC 109 (49). Der skulle rettelig være henvist til IMO MEPC 107 (49), der vedrører lastvandsseparatorer. Slåfejlen har konkret været uden betydning for miniudbuddet. Fayards tilbud indeholdt ikke de påkrævede certifikater og var dermed ligeledes af denne grund ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår af rammeaftalens punkt 17.4 og bilag 7 samt af betingelserne for miniudbuddet, at det er et krav, at leverandøren skal være sikkerhedsgodkendt på virksomhedsniveau, og at leverandøren skal sikre, at kun personer med personlig sikkerhedsgodkendelse til minimum TIL TJENESTEBRUG vil få adgang til dokumentation om opgaven og dennes udførelse samt adgang til at udføre arbejde på skibet. Dette gælder både for leverandørens egne ansatte og ansatte ved underleverandører. Endvidere fremgår det af invitationen til at deltage i miniudbuddet, at tilbudsgiverne i forbindelse med indsendelse af tilbuddet skulle oplyse, om de medarbejdere, der skulle udføre arbejdet, var sikkerhedsgodkendt, og af spørgsmål og svar, at tilbudsgiverne i forbindelse med afgivelse af tilbud skulle afgive en erklæring herom. Ved FMIs svar præciseredes kravene til erklæring om og dokumentation for anvendelse af sikkerhedsgodkendte medarbejdere.

Kravene om sikkerhedsgodkendelse fremgår tydeligt af de indgåede rammeaftaler, og samtlige tilbudsgivere blev udtrykkeligt gjort opmærksomme herpå og på kravet om, at der skulle afgives en erklæring herom, i forbindelse med opfordringen til at fremkomme med tilbud og under den efterfølgende udbudsproces.

Kravene om sikkerhedsgodkendelse er fastsat af Forsvaret/FMI. Kravene er bl.a. fastsat for at leve op til Danmarks internationale forpligtelser, herunder forpligtelser i NATO-regi. Kravene findes ikke at gå videre end nødvendigt for at imødekomme Forsvarets/FMIs saglige behov i forbindelse med udførelse af arbejder på skibe omfattet af LOT 2-rammeaftalerne.

Da kravene om sikkerhedsgodkendelse og afgivelse af erklæring herom således fremgår klart og tydeligt af udbudsmaterialet i overensstemmelse med

ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, og da kravene ikke kan anses for at være uproportionale, har FMI pligt til at sikre, at den tilbudsgiver, der bliver tildelt kontrakten under miniudbuddet, også lever op til de stillede krav om sikkerhedsgodkendelse. Dette gælder uanset om FMI ved tidligere miniudbud under rammeaftalen har håndhævet kravene om sikkerhedsgodkendelse og afgivelse af erklæring herom mere lempeligt.

Tilbuddet fra Fayard indeholder ikke den krævede erklæring om anvendelse af sikkerhedsgodkendt personale. FMI var derfor berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet fra Fayard som ukonditionsmæssigt og har ikke herved handlet i strid med principperne i udbudslovens § 2.

Der er herefter heller ikke grundlag for at annullere FMIs tildelingsbeslutning.

Påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Fayard A/S skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig