



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Endring av konkurransegrunnlag. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av feltvogner til Heimevernet. Klager anførte at innklagede hadde foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget underveis i konkurransen, gjennom å tillegge et minstekrav et annet innhold enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Klager mente at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 12. desember 2019 i sak 2018/362

Klager: Blue Aerospace LLC

Innklaget: Forsvarsmateriell

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Halvard Haukeland Fredriksen og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsmateriell (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. januar 2017 kvalifikasjonsgrunnlaget for en konkurranse med forhandling for anskaffelse av feltvogner til Heimevernet. Rammeavtalen ville ha en varighet på tre år, med opsjon på forlengelse i 2+2 år, til sammen syv år. Anskaffelsens verdi ble estimert til maksimalt 900 millioner kroner ekskl. mva. Frist for innlevering av forespørsel om deltakelse i prekvalifiseringsfasen var 24. februar 2017. Innklagede forpliktet seg til å foreta et initialavrop på 360 kjøretøy, dette viste seg senere å utgjøre kr 337 841 205.
- (2) Vedlagt invitasjonen til prekvalifisering var «*Annex-E Pre-technical qualification requirements*». Av vedlegget fremgikk 8 tekniske kvalifikasjonskrav som måtte oppfylles sammen med øvrige kvalifikasjonskrav for å kvalifisere til deltakelse i konkurransen. I punkt 1.1 («*Description of the Vehicle system for the Home Guard*») ga innklagede en beskrivelse av en «*Home Guard unit*»:

«A Home Guard unit consists of 8 soldiers wearing their personal combat gear and personal weapon. The unit will also have to bring with them their unit material (communication radios, tent, heater, fuel for the heater, unit weapon, ammunition, camouflage, water, food)».
- (3) Innklagede stilte blant annet et krav til lagring av personlige våpen i feltvognene. Det tilhørende dokumentasjonskravet var angitt som følger: «*The Candidate shall describe briefly a solution on how to locate the weapons in reach for each soldier in order to immediately respond to threats (describe any limitations in number, location or specify other weapon storage solutions etc.)*»

- (4) Av samme dokument fremgikk det også følgende om testing av leverandørenes kjøretøy:
- «Trials will be conducted, both operational trials with Home Guard units, and necessary technical trials (More details will be given in the ITT to Candidates passing this pre-qualification process). The Bidders will be requested to deliver two vehicles (with as many modifications as possible, which can be done in the short time period, to fulfil the system requirements in the ITT)».*
- (5) Åtte leverandører leverte søknad om prekvalifisering, hvorav seks ble ansett som kvalifiserte. Den 7. april 2017 sendte innklagede ut konkurransegrunnlaget (*«Invitation to tender»*) til de kvalifiserte leverandørene. Konkurransegrunnlaget bestod av 3 deler, med tilhørende vedlegg. Tilbudsfristen var satt til 30. august 2017.
- (6) Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget del 1 (*«Instructions to bidder»*) punkt 1.2.1 angitt formålet med anskaffelsen:
- «The goal for the project is to supply the Home Guard with a new transportation system, which will ensure fast movement of units and safe transportation of personnel and material during training exercises and operation».*
- (7) Av punkt 2.8 (*«Bidders conference»*) fremgikk det at innklagede ville arrangere en leverandørkonferanse, hvor *«the most important technical and commercial aspects of the tender document will be reviewed at the conference. The purchaser plans to display four (4) Home Guard soldier(s) in combat gear, some of the unit material and Communication radios. The purpose is to illustrate a fully equipped Home Guard Vehicle».*
- (8) I konkurransegrunnlaget del 2 *«Annex E-1 System Segment Specification (SSS)»*) hadde innklagede i SSS_FV_36 stilt følgende minstekrav til leveransen: *«The HGV system shall transport eight (8) persons, including combat gear and unit material, during a mission of 48 hours. Ref Annex G».*
- (9) I Annex G hadde innklagede listet opp utstyr som skulle få plass i bilen. Listen omfattet *«Soldier in uniform», «Ballistic vest», «Helmet», «Combat gear with ammunition and water» og «Weapon».* Ved siden av de angitt listepunktene var det inntatt et bilde av en heimevernssoldat ikledd stridsutrustning. Denne beskrivelsen relaterte seg til *«Driver, Squad commander and passenger».*
- (10) Den 15. juni 2017 avholdt innklagede den planlagte leverandørkonferansen, hvor blant annet soldater i stridsutrustning ble fremvist for leverandørene.
- (11) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fem leverandører, herunder Blue Aerospace (heretter *klager*), Daimler AG, Harald A. Møller AS, Iveco Defence Vehicles A.p.A og Toyota Norge AS. Daimler AG leverte to separate tilbud, på henholdsvis Geländewagen og Sprinter.
- (12) Innklagede foretok så en foreløpig evaluering av de innkomne tilbudene. Antall leverandører ble redusert til fire. Daimler AG fikk dårligst score i den foreløpige evalueringen, og fikk ikke være med videre i prosessen.
- (13) Innklagede gjennomførte så en test- og prøveperiode i tidsrommet 1. november til 8. desember 2017, hvor testkjøretøyene fra de gjestående leverandørene måtte gjennomgå tekniske og operative tester. Under testene oppdaget innklagede at testkjøretøyet fra

klager ikke var egnet til å frakte soldater ikledd stridsutrustning. I et avklaringsmøte mellom partene 22. november 2017 fremla innklagede de foreløpige resultatene fra kjøretøystesten, og klager fikk tilbakemelding på avviket.

- (14) I e-post av 12. desember 2017 ba innklagede klager om å fremvise et nytt testkjøretøy innen uke 3 i 2018. Slik det fremgikk av e-posten, var hensikten med retesten å løse et problem med innvendig plass i kjøretøyet. En testrapport datert 3. januar 2018 ble også sendt til klager, hvor innklagede blant annet konkluderte med at testkjøretøyet ikke oppfylte SSS_FV_36 fordi det var for lavt under taket inne i bilen.
- (15) Den 15. januar 2018 kom klager med tilbakemelding på tilsendt testrapport. Klager stilte her spørsmål om ikke ønsket om trygg transport innebar at personellet ble transportert uten hjelm. Til dette svarte innklagede i e-post av 22. januar 2018 at det fremkom klart av konkurransegrunnlaget at soldatene skal kunne transporteres ikledd stridsutrustning.
- (16) Klager leverte et modifisert testkjøretøy innen fristen, og innklagede foretok en ny test 18. januar 2018. Innklagede konkluderte så med at det fremdeles ikke var mulig å benytte kjøretøyet som forutsatt i minstekravet SSS_FV_36.
- (17) Den 9. februar 2018 sendte innklagede et avvisningsbrev til klager, sammen med testrapport fra retesten av det modifiserte kjøretøyet. Begrunnelsen for avvisningen var som følger:

«[klager] sitt tilbud oppfyller ikke minstekravet i SSS_FV_36 ref. Part 2 Annex E-1 System Segment Specification, og avviker derfor vesentlig fra kravspesifikasjonen. [Innklagede] har på bakgrunn av dette en plikt til å avvise tilbudet.

[...]

Kravet er knyttet til funksjonaliteten, sikkerheten og beredskapen til personellet i kjøretøyet. Det er ikke akseptabelt for Heimevernet at sjåføren med stridsutrustning og passasjerer foran med stridsutrustning har problemer med å vri hodet til siden for å se ut vinduet grunnet at hjelmen tar oppi tak og side. Løsningen levert i oppdatert tilbud vil gi risiko for nakke- og hodeskader for både sjåfør og passasjer fremme, da hjelmen ved en kollisjon eller kraftig oppbremsing vil treffe kanten på fremre del av tak».

- (18) Klager begjærte midlertidig forføyning 4. mai 2018. Hovedkravet fremsatt i begjæringen var påstand om at konkurransen måtte avlyses grunnet en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, samt manglende forutberegnelighet i prosessen. Tingretten kom til at begjæringen måtte avvises, på grunnlag av at klager ikke var rettighetshaver jf. anskaffelsesloven § 3.
- (19) I brev av 17. august 2017 informerte innklagede om at kontrakt var tildelt Harald A. Møller AS. Kontrakt ble inngått 24. september 2018.
- (20) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. oktober 2018.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 2. desember 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Innklagede har foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget ved å fortolke minstekravet SS_FV_36, og derved gi kravet et annet innhold enn det som følger av en objektiv tolkning av konkurransegrunnlaget. Ettersom endringen ikke ble kunngjort, må avtaleinngåelsen og utførte avrop ansees som ulovlige direkte anskaffelser.
- (23) Klager ble avvist fra konkurransen som en konsekvens av endringen i konkurransegrunnlaget. Dette bekrefter at endringen var vesentlig.
- (24) Subsidiært anføres det at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (25) Innklagede har ikke foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Innklagede har fastholdt sin forståelse av minstekravet gjennom hele anskaffelsesprosessen. Det er dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Saken gjelder anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, hvor det ikke er krav til saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av feltvogner til Heimevernet, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til maksimalt 900 millioner kroner, ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser 4. oktober 2013 nr. 1185 del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (27) Klager anfører at innklagede har foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget ved å legge til grunn at minstekravet SSS_FV_36 innebar at bilen måtte være stor nok til å transportere soldater ikledd stridsutrustning.
- (28) Klagenemnda tar først stilling til om minstekravet ble endret ved tidspunktet for testing av kjøretøyene, eller om dette kravet fremgikk av konkurransegrunnlaget.
- (29) Konkurransegrunnlaget skal inneholde tilstrekkelige opplysninger til at leverandørene har et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud. Det er forstått slik at konkurransegrunnlaget skal gi informasjon som gjør det klart for en rimelig opplyst og alminnelig aktsom leverandør hva det skal leveres tilbud på, hva tilbudet skal inneholde og hvordan tilbudet skal utformes.
- (30) Ved fastleggelsen av konkurransegrunnlagets innhold tar klagenemnda utgangspunkt i en objektiv tolkning av konkurransegrunnlagets bestemmelser. Det avgjørende er hvordan det er naturlig å forstå bestemmelsene, ikke hva innklagede har ment, jf. kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4. Samtlige konkurransedokumenter må sees i sammenheng når innholdet i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, jf. HR-2019-830 premiss 38 med videre henvisning til Rt. 2012 s. 1729.
- (31) I denne saken har innklagede stilt følgende minstekrav til leveransen: «*The HGV system shall transport eight (8) persons, including combat gear and unit material, during a*

mission of 48 hours. Ref Annex G». Kjøretøyet skal altså kunne transportere åtte soldater, inkludert stridsutrustning og «unit material» under oppdrag av 48 timers varighet.

- (32) Det fremgår ikke eksplisitt av kravet at soldatene skal kunne være ikledd stridsutrustningen. Ettersom kravet gjelder transport av soldater «under oppdrag», mener klagenemnda likevel at det er naturlig å forstå kravet slik at soldatene skal kunne være ikledd stridsutrustning under transporten.
- (33) En slik forståelse understøttes av henvisningen til Annex G, hvor innklagede har inntatt et bilde av en heimevernssoldat ikledd stridsutrustning, samt av anskaffelsens formål og kvalifikasjonsgrunnlaget. Formålet med anskaffelsen var å kjøpe feltvogner som ville gi rask og sikker transport av «units» under øvelser og operasjoner. En Home Guard unit er i konkurransegrunnlaget definert som soldater ikledd stridsutrustning.
- (34) Etter klagenemndas syn må ordlyden i det aktuelle kravet, sammenholdt med anskaffelsens formål og de opplysninger som følger av både kvalifiseringsgrunnlaget og konkurransegrunnlaget for øvrig, tilsi at minstekravet skal forstås slik at soldater skal kunne transporteres ikledd stridsutrustning.
- (35) Klager har pekt på at det fremgår eksplisitt av en rekke krav at soldatene skal være ikledd stridsutrustning. Disse kravene er ikke definert som minstekrav, og etter klagers oppfatning tilsier dette at det kun er *ønskelig* at soldatene skal kunne ha på seg stridsutrustning. Dette gjelder eksempelvis SSS_FV_123, hvor det fremgår at det er *ønskelig* at sjåføren skal kunne ha på seg stridsutrustning når han kjører.
- (36) Klagenemnda bemerker at kravene som klager anfører til støtte for sin forståelse alle har en egen funksjon. I følge SSS_FV_123 er det *ønskelig* at sjåføren skal kunne ha på seg stridsutrustning når vedkommende kjører bilen. I tillegg er stridsvest, hjelm og hansker nevnt. Dette er faktorer som påvirker sjåførens bevegelighet negativt. Slik klagenemnda forstår det, er hensikten med kravet å legge opp til en skjønnsmessig evaluering av hvor god bevegelighet sjåføren har når vedkommende skal manøvrere bilen – ikledd stridsutrustning. Denne evalueringen av sjåførens bevegelighet kommer altså i tillegg til minstekravet om at alle soldatene, ikledd stridsutrustning, skal få plass i bilen. På denne bakgrunn kan ikke klagenemnda se at klagers anførsel endrer forståelsen som klagenemnda har lagt til grunn.
- (37) Slik det fremgår av dokumentasjonen fremlagt for nemnda, testet innklagede kjøretøyene med soldater ikledd stridsutrustning. Dermed har testingen av kjøretøyene foregått i tråd med konkurransegrunnlaget.
- (38) Klagenemnda mener at det fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at kravet i SSS_FV_36 var et krav om at soldatene skulle kunne transporteres ikledd stridsutrustning. Innklagede har dermed ikke endret konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en vesentlig endring kan derfor ikke føre frem.

Konklusjon:

Forsvarsmateriell har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk