



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Innsyn, begrunnelse, avvisning av leverandør, avvisning av tilbud, tildelingsevaluering, habilitet.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse med forhandling i to trinn for inngåelse av en rammeavtale for "Flight Inspection Services". Klagenemnda kom til at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-3 (1) ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt. Klagers anførsel om innsyn ble avvist som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9. Klagers øvrige anførsler vedrørende avvisning av leverandør, avvisning av tilbud, tildelingsevalueringen og habilitet førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 20.august 2016 i sak 2016/99

Klager: Sundt Air AS

Innklaget: Avinor Flysikring AS

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Avinor Flysikring AS (innklagede) kunngjorde 2. desember 2015 en konkurranse med forhandling i to trinn for inngåelse av en rammeavtale for "*Flight Inspection Services*". Rammeavtalens varighet var 5 år med mulighet for forlengelse 1 + 1 år. Anskaffelsens verdi ble estimert til mellom 50 og 80 millioner kroner. Frist for forespørsel om deltakelse var 12. januar 2016. Tilbudsfrist var ifølge konkurransegrunnlaget 1. mars 2016.
- (2) Kvalifikasjonskravene fremgikk av et "*Qualification Document*". Punkt 6 i kvalifikasjonsdokumentet var "*Qualification Criteria*". Kvalifikasjonskravene var delt i tre underpunkt. Underpunkt 3 gjaldt "*Technical Capacity*". Her var det oppstilt krav til "*sufficient organisational capacity and competence*", "*good experience with the delivery and provision of similar contracts*" og om å ha "*implemented a well-functioning system for quality assurance*".
- (3) Punkt 3.3 gjaldt "*Procedure for Selection of Qualified Tenderers to Participate in the Tender Process*". Her var det angitt at kravene oppstilt i "*Qualification Criteria*" underpunkt 1 og 2 var "*minimum requirements for participation in this procurement process*".
- (4) Når det gjaldt kravene oppstilt i underpunkt 3, var det opplyst at også disse kravene måtte oppfylles "*in order to be selected as a qualified tenderer*". Det var videre opplyst at basert på en evaluering av tilbydernes besvarelse av kravene i underpunkt 3, ville innklagede "*select three to five of the qualified tenderers*". Det var opplyst at alle de kvalifiserte tilbyderne ville bli gitt en score fra 1 til 6 på disse kriteriene. Basert på denne vurderingen ville innklagede "*subsequently decide on how many*

tenderers that will be invited to participate in the dialogue (minimum three, maximum five) and chose accordingly from the ranking list of tenderers".

- (5) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "Economy" (60 %) og "Quality" (40 %).
- (6) Konkurransgrunnlaget, Annex A, punkt 8.6 gjaldt "Rejection of Tenders", hvor det fremgikk:

"Furthermore, the following circumstances may lead to a rejection of tenders:

- major reservations against the requirements set out in the ITT with Annexes, including the draft contract provisions;*
- abnormally low tenders in relation to the services that is to be delivered under the contract;*
- failing to meet or being in breach of any of the requirements set out in Attachment 1, Exclusion Criteria Form, and/or if any of the declarations or information provided therein prove to be false, and;*
- communication between the Tenderer's and any of Avinor ANS's representatives or employees other than the single point of contact, ref. item 9.2."*

- (7) I punkt 9.2 var Nicolai Løken angitt som Avinor ANS' "single point of contact for this tender procedure".
- (8) Under punkt 9 i konkurransegrunnlaget var "Communication during the Tender Phase" omtalt. Her fremgikk det blant annet:

"Contact between the contracting authority and the Tenderers is prohibited prior to the final deadline for submission of Tenders, save in exceptional circumstances and under the following conditions only:

(...)

Avinor ANS will distribute all questions and the corresponding answers to each and all of the Tenderers without revealing the identity of the original inquirer. Such information will be distributed to the Tenderers by email."

- (9) Konkurransgrunnlaget, Annex A punkt 2.1, gjaldt "General Requirements". Kravene var kategorisert som enten "shall", "should", "may". Et av kravene i kategorien "shall" var oppgitt i underpunkt 1.6, og var formulert slik:

"Contractor shall have an approval from NCAA to execute flight inspection (commissioning and routine inspections) in Norway for the following navigation systems:

- ILS Cat I, II and III*
- LOC/DME*
- LOC/MRK*
- GP*
- DME*
- VOR*

- NDB
- SCAT-I
- VDF/UDF
- GBAS

Full compliance to this requirement must be achieved no later than 1st September 2016."

- (10) Det var oppstilt en rekke krav til *"Flight inspection aircraft (both for main and backup aircraft)"*. Krav 3.10-3.12 gjaldt ADS-B (Automatic Dependent Surveillance Broadcast) og var også plassert i kategorien *"shall"*:

3.10	<i>The aircraft used for inspections of ADS-B and WAM installations shall be equipped with secondary radar transponders as required in the European commission regulation no 1207/2011, Annex II, Parts A and B.</i>
3.11	<i>The aircraft used for inspections of ADS-B and WAM installations shall be operationally certified to at least AMC 20-24, and later the forthcoming CS-ACNS.</i>
3.12	<i>The aircraft used for inspections of ADS-B and WAM installations must be equipped with an ED-102A/DO 260B certified and approved transponder.</i>

- (11) Tildelingskriteriene var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 11.4. Hva som ville vektlegges under tildelingskriteriet *"Quality"* var beskrevet slik:

"Evaluation of the Award Criterion "Quality" will be according to the following principles:

Tenderer must be fully compliant to all requirements and specifications as presented in Annex A Scope of Work, Requirements and Specifications. Avinor ANS will apply a binary approach to the evaluation of Tenderers' compliance to the requirements and specifications in Annex A, meaning that a Tenderer will be considered as either fully- or non-compliant.

Avinor ANS will evaluate and score the Tenderers on the following three elements, which will all count equally towards the main Award Criterion "Quality":

- Reports and Data Management:

Aspects of consideration include, but are not limited to, quality, content, layout, and usability.

- Competence and Experience:

Aspects of consideration include, but are not limited to, the Tenderer's knowledge of Flight Inspection Services as demonstrated through the Flight Inspection Manual, the competence and experience of the flight crew(s) and ground crew(s), and the Tenderer's planning procedures.

- Availability and Capacity:

Aspects of consideration include, but are not limited to, the number of fully compliant aircraft with associated flight and support crews listed and named as available for use under this contract, and the guaranteed number of annual flight hours available to Purchaser in excess of the minimum requirement of 400 hours."

- (12) Innen fristen for forespørsel om deltakelse i konkurransen, meldte fire tilbydere sin interesse, herunder Sundt Air AS (klager). Alle de fire tilbyderne ble ansett kvalifisert, og det ble gjennomført forhandlinger med hver av dem.
- (13) I valgte leverandørs tilbud, Appendix B2, *"Evidence of Compliance to Approvals"* var det angitt:

"SCAT-I approval:

The SCAT-I approvals utilised during the current contract held by LFV was based on the use of ACAMS and Wideroe as subcontractors.

- ACAMS performed the checks of the VHF data link (signal levels, coding of procedure etc) using a tailored equipment installed in LFV B200 aircraft.*
- Wideroe together with an LFV/BAM Flight Validation Pilot (FVP) performed the flyability part of the validation using an SCAT-I equipped and certified aircraft. The LFV/BAM personnel participated in the validation as third pilot on the flight deck.*

(...)

Dialogue with NCAA regarding time schedule for this approval has been initiated."

- (14) Om godkjenning for GBAS var det angitt:

"The "Draft GBAS Procedures {Under Development}" [Appendix B.1 ref 6] will be completed to comply with GBAS requirements in ICAO Doc 8071 vol II and to reflect the various methods above.

- LFV FIs will be trained in performing GBAS analyses by the system supplier of the EVS300.*

The time scale for this work follow the time scale for SCAT-I."

- (15) Vedrørende kravene til ADS-B opplyste valgte leverandør i tilbudet på side 74 og 75 at:

"SE-KDK is currently fully compliant. SE-LKY is going into the workshop for avionics modification in June 2016 and will after that be identical to SE-KDK."

- (16) I tildelingsbeslutningen av 3. juni 2016 ble det opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med LFV Aviation Consulting AB (valgte leverandør). Det var fastsatt en karenperiode på 10 dager, som løp ut 13. juni 2016.

- (17) Det var opplyst i tildelingsbeslutningen at klager ble rangert som nummer tre i konkurransen. Tilbyderen WSP Sverige AB ble rangert som nummer to og Lufttransport FW AS ble rangert som nummer fire. Det var opplyst at det var *"generally very little to separate the four Tenders on the quality criterion, and in the end, the economy criterion proved decisive"*. Det var også oppgitt hvilken rangering de ulike tilbudene hadde oppnådd på hvert av tildelingskriteriene.

(18) Utover dette var det gitt følgende begrunnelse for tildelingen:

<i>Award Criteria</i>	<i>Relative Advantage</i>
<p><i>Economy</i></p> <p><i>Weighing: 60 %</i></p>	<p><i>Sundt Air submitted the second most costly Tender, with evaluation sums for both price elements scoring as number three. Overall, the price level was too high in comparison to the winning Tender.</i></p> <p><i>The winning Tender received a considerably higher score than the remaining Tenderers due to its particularly competitive and advantageous quote.</i></p>
<p><i>Quality</i></p> <p><i>Weighing: 40 %</i></p>	<p><i>Our evaluation team was impressed by the overall perceived quality of the services offered through Sundt Air's Tender. This resulted in Sundt Air ranking as number two overall for the quality criterion, where particularly the reporting and database solution is found to be of a higher quality than that of the winning Tender. We have no doubt that Sundt Air would have been able to deliver a high quality service.</i></p> <p><i>The winning Tender generally received high marks for the quality criterion, albeit slightly lower than Sundt Air did overall. There is generally very little to distinguish between the two Tenders in terms of perceived quality.</i></p>

(19) Etter forespørsel mottok klager 17. juni 2016 innklagedes evalueringsmatrise for tildelingskriteriet "*Quality*". Her var tilbydernes score på hvert av underkriteriene forklart. De tre underkriteriene hadde en vekt på 33 % hver. Maksimal mulig score på tildelingskriteriet var 6 poeng, hvorav maksimalt 2 poeng på hvert underkriterium. Det var knyttet kommentarer til uttellingen til hver av tilbyderne på de ulike underkriteriene. På underkriteriet "*Reports and Data Management*" oppnådde klager og WSP Sverige AB 2 poeng, mens valgte leverandør og Lufttransport FW AS oppnådde 1,64 poeng.

(20) Poenguttellingen på underkriteriet "*Competence and Experience*" var forklart slik:

<i>Evalueringskommentar</i>		<i>Poeng vektet</i>
<i>Klager</i>	<i>Har gjort dette før. Fly vil være utstyrt for å fly SCAT. Erfarne piloter og FI (i siste og endelige tilbud er flere navn opplistet)</i>	<i>1,64</i>
<i>Valgte leverandør</i>	<i>Virker litt kort opplæring av Inspektører. Søker om godkjenning for RNP AR nå. Vil ta GBAS/SCAT-kompetanse og godkjenning inn i eget hus.</i>	<i>1,82</i>

(21) Poenguttellingen på underkriteriet "Availability and Capacity" var forklart slik:

<i>Evalueringskommentar</i>		<i>Poeng vektet</i>
<i>Klager</i>	<i>I revidert tilbud har Sundt sagt at de har startet oppgradering av eget fly allerede og vil være klar til 1.sept. Vil bruke ISAVIA på validering, men ISAVIA mangler godkjenning for validering - vil oppgradere utstyr og søke om dette, skal være på plass i sommer. Sundt har ikke egen validation pilot, bruker NLA. Kapasitet 800 totalt. Forventer at de abonnerer på flere databaser slik at vi er sikret tidlig levering av helikopterprosedyrer. Skisserer en god prosess med NCAA som sannsynligvis vil gi de nødvendige godkjenninger til 1. sept.</i>	<i>1,82</i>
<i>Valgte leverandør</i>	<i>Har 3 nye FI. 1500 timer totalt. Helikopter – avtale direkte med NLA. Surveillance check med FI-a/c. Oppgraderer fly nr.2 nå slik at de har to like fly – dette har vært annonsert tidligere også, men har vært utsatt flere ganger. Nytt FI-system i år. Forventer at de abonnerer på flere databaser slik at vi er sikret tidlig levering av helikopterprosedyrer. Skisserer en god prosess med NCAA som sannsynligvis vil gi de nødvendige godkjenninger til 1. sept.</i>	<i>1,82</i>

(22) Klager mottok opplysninger om tilbydernes totalpris 23. juni 2016. Klagers pris var på ca. 17,5 millioner kroner per år, mens valgte leverandørs pris var på ca. 10 millioner per år.

- (23) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 27. juni 2016. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse avventes inntil klagenemnda har behandlet saken.
- (24) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. september 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Innsyn

- (25) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi tilstrekkelig innsyn i tilbudsdokumentasjonen til valgte leverandør. Det var ikke mulig å kontrollere om tildelingen var i samsvar med regelverket. Det følger av klagenemndforskriften § 6 at en klage kan gjelde *"unnlater, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser"*, og kan derfor omfatte forhold knyttet til innsyn i anbudsdokumentasjon.

Begrunnelse

- (26) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse. Innklagede har *"unnlatt å forklare hvilken konkret vurdering Avinor har gjort i forhold til LFV's og WSPs erfaring og kvalifikasjoner"*. Henvisningen til tilbydernes underleverandører og de kortfattede kommentarene som fremgår av evalueringsmatrisen, er ikke tilstrekkelig til å forklare den rangeringen som innklagede har lagt til grunn for sin avgjørelse. Det har derfor ikke vært mulig å vurdere om anskaffelsen har skjedd i samsvar med regelverket. Heller ikke evalueringsmatrisen tilfredsstiller forskriftens krav til begrunnelse.

Avvisning av leverandør

- (27) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene om *"sufficient organisational capacity and competence"*. Kompetansen og kapasiteten som det hevdes at de ansatte hos valgte leverandør besitter, er ikke tilstrekkelig dokumentert. Opplysningen i valgte leverandørs tilbud om å ha 1500 timer med tilgjengelig kapasitet er heller ikke tilstrekkelig dokumentert.
- (28) Valgte leverandør oppfylte heller ikke kvalifikasjonskravene om *"good experience with the delivery and provision of similar contracts"*, og kravet om å ha *"implemented a well-functioning system for quality assurance"*. Valgte leverandør fløy validering av SBAS (Satellite-based Augmentation Systems) uten at de hadde godkjenning fra Luftfartstilsynet (NCAA). Alle prosedyrene ble suspendert vinteren 2015 og ble ikke operative før våren 2016. Tidligere gjennomføring av kontrollflygning uten godkjenning som resulterte i suspensjon, er noe som må vektlegges i vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt.

Avvisning av tilbud

- (29) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som følge av at det ikke er dokumentert oppfyllelse av kravet om å ha "*an approval from NCAA to execute flight inspection*" for navigasjonssystemene SCAT-I og GBAS. Fristen for oppfyllelse av krav om utstyr og godkjenning var satt til 1. september 2016. Innklagede kan følgelig ikke lenger nøye seg med å legge valgte leverandør sine løfter til grunn for tildeling av kontrakten. Innklagede må dokumentere at det har blitt utført en reell kontroll over oppfyllelse av kravene.
- (30) Valgte leverandør har heller ikke dokumentert å ha en godkjent ADS-B (Automatic Dependent Surveillance Broadcast). Disse kravene var "*SHALL*" krav.
- (31) WPS Sverige AB ser heller ikke ut til å ha dokumentert at de besitter SCAT-I kvalifikasjoner.

Tildelingsevaluering

- (32) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Quality*".
- (33) Klager skulle ikke fått lavest score for underkriteriet "*Competence and Experience*". Det hefter stor usikkerhet ved valgte leverandørs kompetanse for personell. Det er blant annet usikkert om de personene som valgte leverandør viser til er Flight Inspectors eller operatører, videre om de dekker alle variantene av kontrollflygning. En av valgte leverandørs operatører/Flight Inspectors skulle ha fullført et ILS-kurs, men klager er kjent med at kurset ble kansellert. Innklagede kan ikke basere seg på antakelser om valgte leverandørs fremtidige kapasitet, men må utføre kontroll over oppfyllelsen av kravene. WPS Sverige AB kan ikke dokumentere noen erfaring som Flight Inspection operatør i det hele tatt.
- (34) Ved evalueringen av underkriteriet "*Availability and Capacity*" har innklagede vurdert valgte leverandørs ressurser som tilstrekkelig blant annet på bakgrunn av tilbyderens egne utsagn om at de vil oppgradere fly nummer 2. Valgte leverandør har ved tidligere anledninger forespeilet at en slik oppgradering skulle finne sted, uten at dette ble gjennomført.
- (35) Videre fremgår det av evalueringsmatrisen at innklagede har kommet til to ulike konklusjoner på bakgrunn av identiske forhold. I kommentar til WSP Sverige AB sitt tilbud heter det: "*backup ISAVIA. ISAVIA oppgraderer utstyr til sommeren*". I kommentar til klagers tilbud heter det for samme tilfelle at klager "*vil bruke ISAVIA på validering, men ISAVIA mangler godkjenning for validering*". Denne feilaktige vurderingen gir uttrykk for dårlig og overfladisk saksbehandling, samt usaklig forskjellsbehandling, som har resultert i at klageren uten grunn har fått en lavere poengsum enn andre tilbydere.

Habilitet

- (36) Innklagede har brutt kravet til habilitet og kravet til likebehandling i loven § 5, ved at John Berg i Avinor har vært involvert i konkurransen og i evalueringen av valgte leverandørs tilbud, samtidig som vedkommende har vært hovedkontaktpersonen i det eksisterende avtaleforholdet med valgte leverandør.

(37) Feilene som er begått kan ikke rettes opp på annen måte enn at konkurransen avlyses.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Innsyn

(38) Klagers anførsel om manglende innsyn må avvises som uegnet fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9. Klager har uansett fått tilstrekkelig innsyn i grunnlaget for tildelingen. Innklagede har foretatt en grundig og selvstendig vurdering av hvilken informasjon som kan gis innsyn i uten å bryte lovbestemt taushetsplikt.

Begrunnelse

(39) Innklagede har ikke brutt begrunnelsesplikten. I tildelingsbeslutningen er det vist til hvilke relevante forskjeller som skilte klagers tilbud fra det vinnende tilbudet. Utover tildelingsbrevet har klager fått tilsendt samtlige tilbud, informasjon om alle totalpriser, evalueringsmatrisen og anskaffelsesprotokollen.

Avvisning av leverandør

(40) Innklagede har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Innklagede mener at klager oppfylte alle kvalifikasjonskravene. Når det gjelder kvalifikasjonskravet om "*sufficient organisational capacity and competence*", så er det uklart hva klager sikter til. Kvalifikasjonskravene er oppfylt.

(41) Når det gjelder kvalifikasjonskravene "*good experience with the delivery and provision of similar contracts*" og kravet om å ha "*implemented a well-functioning system for quality assurance*", så hadde valgte leverandør godkjenning for SBAS validering fra svenske luftfartstilsynsmyndigheter, og suspensjonen gjaldt inntil godkjenningen fra Luftfartstilsynet kom på plass. Valgte leverandør har fått godkjenning for SBAS validering fra Luftfartstilsynet ved brev av 22. februar 2016.

Avvisning av tilbud

(42) Innklagede har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Valgte leverandør har dokumentert oppfyllelse av kravet om å ha "*an approval from NCA to execute flight inspection*" for navigasjonssystemene SCAT-I og GBAS. Det er uansett slik at dette kravet forventes oppfylt innen 1. september 2016. Videre har valgte leverandør dokumentert i tilbudet at kravene til ADS-B er oppfylt.

Tildelingsevaluering

(43) Innklagede har ikke brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Quality*", med underkriteriet "*Competence and Experience*" og underkriteriet "*Availability and Capacity*".

(44) Tilbudene fra WSP Sverige AB og Lufttransport har begge oppgitt at de har ISAVIA som "*back-up*" for det tilfellet at det skulle være behov for et reservefly, tilsvarende klagers tilbud. I evalueringsmatrisen er det kommentert både for WSP Sverige AB og for klagers tilbud, at ISAVIA mangler godkjenninger, men at utstyr er under oppgradering og det forventes at dette er på plass sommeren 2016. Klager er eneste

tilbyder som har spesifisert at de vil benytte ISAVIA til validering av prosedyrer. Det er vurdert som en liten ulempe at klager benytter underleverandør til akkurat validering, men uten at dette har avgjørende betydning.

Habilitet

- (45) Innklagede har ikke brutt kravet til habilitet og kravet til likebehandling i loven § 5, ved at John Berg i Avinor har vært involvert i konkurransen. Det er ikke delt informasjon slik klager anfører. Konkurranses grunnlaget kan heller ikke tolkes slik det forhindrer innklagede i å følge opp sin løpende kontrakt med eksisterende leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (46) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av en rammeavtale for "*Flight Inspection Services*" som er en uprioritert tjeneste i kategori 27. Rammeavtalens varighet er 5 år med opsjoner for forlengelse i 1 + 1 år. Anskaffelsens verdi er estimert til mellom 50 og 80 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- energiforsyning, transport og posttjenester) av 7. april 2006 nr. 403 del I og II, jf. forsyningsforskriften § 2-1.

Innsyn

- (47) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi tilstrekkelig innsyn i tilbudsdokumentasjonen til valgte leverandør.
- (48) Både etter offentleglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1) er systemet at et vedtak om å nekte innsyn kan påklages til det organet som er nærmest overordnet instansen som har truffet vedtaket. Klagenemnda er derfor ikke rette organet for å behandle innsynsbegjæringer.
- (49) Innklagede fremholder at lovbestemt taushetsplikt vil bli brutt dersom det gis innsyn i de opplysningene klager krever innsyn i. En vurdering av klagers anførsel om at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt ved at det ikke er gitt mer omfattende innsyn i valgte leverandørs tilbudsdokumenter, vil derfor kreve en overprøving av hvorvidt de opplysningene innklagede har unntatt fra innsyn faktisk er opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt.
- (50) Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9. Se eksempelvis sak 2012/103 premiss (17) hvor klagenemnda i et tilsvarende tilfelle avviste en anførsel om innsyn i valgte leverandørs enhetspriser fordi en vurdering av anførselen ville kreve en overprøving av om opplysningene var underlagt lovbestemt taushetsplikt.

Begrunnelse

- (51) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi en mangelfull begrunnelse.
- (52) Det følger av forsyningsforskriften § 11-3 (1) at oppdragsgiver skal "*gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier*".

- (53) I dette ligger det et krav om at *"begrunnelsen må inneholde en konkret vurdering som gjør leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Begrunnelsen skal også være så presis og utfyllende at leverandørene kan bedømme om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket, og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel ved midlertidig forføyning, klage eller stevning"*, jf. klagenemndas sak 2013/21 premiss (77). Dette er fulgt opp i klagenemndas senere praksis. Begrunnelsen skal gis samtidig med meddelelsen om kontraktstildeling, jf. forsyningsforskriften § 11-4 nr.2.
- (54) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at det under tildelingskriteriet *"Quality"* skulle vektlegges *"Reports and Data Management"*, *"Competence and Experience"* og *"Availability and Capacity"*. Innklagede har opplyst at det var *"generally very little"* som skilte tilbyderne på kvalitetskriteriet, og at det var det økonomiske tildelingskriteriet som hadde blitt avgjørende. Utover dette var det kommentert at valgte leverandør oppnådde *"high marks for the quality criterion, albeit slightly lower than Sundt Air did overall"*. Det er imidlertid ikke gitt noen informasjon om hvordan de ulike faktorene fikk uttelling ved evalueringen. Det var ikke oppgitt hvor mye som skilte tilbyderne fra hverandre. Det kan ikke være tilstrekkelig å kun vise til at klager tilbød en bedre databaseløsning og løsning for rapportering enn valgte leverandørs, uten å kommentere de øvrige momentene som gav uttelling i evalueringen.
- (55) Ettersom det er den første begrunnelsen som skal sette leverandørene i stand til å vurdere om anskaffelsen er gjennomført i samsvar med regelverket, har innklagede brutt forsyningsforskriften § 11-3 (1).
- (56) Klager fremholder videre at evalueringsmatrisen som senere ble tilsendt klager, heller ikke tilfredsstillende forskriftens krav til begrunnelse. Det vil kunne representere et ytterligere brudd på regelverket dersom oppdragsgiver inngår kontrakt uten at en tilstrekkelig begrunnelse er gitt, jf. klagenemndas sak 2015/63 premiss (20).
- (57) I evalueringsmatrisen hadde innklagede oppgitt poengscoren tilbyderne hadde oppnådd på hvert av underkriteriene for tildelingskriteriet *"Quality"*, og dermed hvor mye som skilte tilbyderne fra hverandre. Det var også kommentert hvilke momenter som gav uttelling i evalueringen for hver av tilbyderne. Evalueringsmatrisen gav klager en mer utfyllende begrunnelse for de vurderingene som er gjort, og innklagede har også i prosesskrivene for klagenemnda nærmere begrunnet de forhold som har vært utslagsgivende ved valg av leverandør. Innklagede har også avventet kontraktsinngåelse i påvente av nemndas behandling. Klagenemnda er av den oppfatning at innklagede i etterkant har kommet med en begrunnelse som tilfredsstillende kravene og vil derfor understreke at bruddet på begrunnelsesplikten derfor synes å ha begrenset betydning for klager.

Avvisning av leverandør

- (58) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (59) Oppdragsgiver kan ved konkurranse med forhandling begrense antallet leverandører som skal få inngi tilbud. Det følger av forsyningsforskriften § 10-1 (1) at utvelgelse av leverandører *"skal skje i samsvar med objektive kriterier og regler som er tilgjengelige for alle interesserte leverandører"*.
- (60) Det var angitt i kvalifiseringsdokumentet at innklagede ville velge ut minimum tre, maksimum fem tilbydere. Utvelgelsen ville baseres på en vurdering av tilbydernes besvarelse av kriteriene inntatt i punkt 3 i *"Qualification Criteria"*. Det var altså disse kriteriene som ville være grunnlaget for innklagedes utvelgelse dersom det skulle være flere kvalifiserte leverandører enn det innklagede kunne eller ville invitere videre i konkurransen. Fire tilbydere meldte sin interesse til å delta i konkurransen. Alle tilbyderne ble ansett kvalifisert, og innklagede valgte å gjennomføre forhandlinger med samtlige tilbydere.
- (61) Det klager viser til som grunnlag for plikt til å avvise valgte leverandør er altså ikke kvalifikasjonskrav, men utvelgelseskriterier som innklagede ville benyttet ved utvelgelsen av eventuelt overtallige kvalifiserte leverandører. I dette tilfellet var det ikke overtallige leverandører siden det var kun fire tilbydere som meldte sin interesse til å delta i konkurransen.
- (62) På denne bakgrunn har innklagede ikke brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Avvisning av tilbud

- (63) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som følge av at det ikke er dokumentert oppfyllelse av kravet om å ha *"an approval from NCAA to execute flight inspection"* for navigasjonssystemene SCAT-I og GBAS.
- (64) Forsyningsforskriften har ingen uttrykkelige bestemmelser om avvisningsplikt som følge av forhold ved tilbudet. Det følger også av loven § 5 og forsyningsforskriften § 3-1 (4) at konkurranser skal gjennomføres på en måte som innebærer likebehandling og forutberegnelighet for tilbyderne. Innklagede har angitt i konkurransegrunnlaget at *"major reservations against the requirements set out in the ITT with Annexes"* er en omstendighet som *"may lead to a rejection of tenders"*. Kravene til godkjenning fra NCAA (Luftfartstilsynet), var kategorisert som *"shall"*-krav, og det var opplyst at dette innebar at *"compliance with the particular procedure or specification is mandatory and no alternative may be applied"*.
- (65) Når det gjelder godkjenning for SCAT-I er det blant annet opplyst i valgte leverandørs tilbud at *"dialogue with NCAA regarding time schedule for this approval has been initiated"*. For godkjenning for GBAS var det angitt at GBAS prosedyrer var under utvikling, og at *"LFV FIs will be trained in performing GBAS analyses by the system supplier"*.

- (66) Når det gjelder opplysninger i tilbudet som har betydning for innklagedes tildelingsevaluering, har klagenemnda lagt til grunn at oppdragsgiver må kunne stole på de opplysningene som følger av leverandørens tilbud, og at det ikke foreligger noen plikt til å kontrollere disse opplysningene, med mindre det foreligger forhold eller opplysninger som gir spesiell foranledning for kontroll, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2015/126 premiss (23).
- (67) For kravene til godkjenning for SCAT-I og GBAS var det oppgitt i konkurransegrunnlaget at "*full compliance to this requirement must be achieved no later than 1st September 2016*". Valgte leverandørs beskrivelse av prosessene som var satt i gang for å få godkjenningene for GBAS og SCAT-I må anses tilstrekkelig til å tilfredsstille kravene slik de var formulert i konkurransegrunnlaget.
- (68) Etter klagenemndas oppfatning var det på tidspunktet for tilbudsevalueringen ikke forhold ved valgte leverandørs tilbud som kunne medføre avvisning. Dette må være avgjørende for vurderingen av om innklagede skulle avvist klagers tilbud. Det faktum at fristen for oppfyllelse av kravene var satt til 1. september 2016, og at det ennå ikke er klart om valgte leverandør har fått godkjenningen kan ikke endre dette. Klagenemnda kan tiltre innklagedes anførsler om at utsettelsen av kontraktsinngåelsen i forbindelse med klagenemndsbehandlingen har endret forutsetningen for at fristen ble satt til 1. september 2016.
- (69) Klager anfører også at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravene som var stilt til ADS-B, se premiss (10). Dette var kategorisert som et "*shall*"-krav. Kravene skulle oppfylles både for hovedflyet og flyet tilbudt som backup.
- (70) For de to flyene valgte leverandør tilbudte, var det opplyst følgende om oppfyllelse av kravene som var stilt til ADS-B: "*SE-KDK is currently fully compliant. SE-LKY is going into the workshop for avionics modification in June 2016 and will after that be identical to SE-KDK.*"
- (71) Klager mener det er grunn til å tvile på om valgte leverandør vil gjennomføre de planlagte oppgraderingene på det andre flyet. Klager begrunner dette med at valgte leverandør også indikerte at det ville skje en oppgradering av flyet ved forrige konkurranse om anskaffelsen i 2013. Klager fremholder at Oslo byfogdembete avviste klagers begjæring om midlertidig forføyning i kjennelse av 21. august 2013 fordi det var sannsynliggjort i tilbudet til valgte leverandør at kravet satt til "*Flight Management System*" (FMS) ville oppfylles basert på opplysningene i tilbudet om at oppgradering av flyet var nært forestående.
- (72) Det følger imidlertid av kjennelsen at kravet også kunne oppfylles med et "*equivalent*" (tilsvarende) system. Tingretten la til grunn at "*det er sannsynliggjort at LFV har et tilsvarende system som FMS i den forstand konkurransegrunnlaget har beskrevet, og saksøkerens anførsel om dette kan derfor ikke føre frem*", jf. kjennelsen side 13. I konkurransen i 2013 var det altså ikke en forutsetning for oppfyllelse av kravet at oppgraderingen av flyet fant sted.
- (73) Slik saken er opplyst, var det forsvarlig av innklagede å legge til grunn at valgte leverandør i gjeldende konkurranse kunne levere i henhold til tilbudet. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Tildelingsevaluering

- (74) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Quality*".
- (75) Klager fremholder at deres tilbud ikke skulle fått lavest score for underkriteriet "*Competence and Experience*". Dette har klager begrunnet med at det hefter stor usikkerhet ved valgte leverandørs kompetanse for personell.
- (76) Utgangspunktet for klagenemndas vurdering er at oppdragsgiver har et vidt skjønn i tildelingsevalueringen, og at dette skjønnet bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan prøve om oppdragsgivers evaluering er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, herunder hvorvidt evalueringen samsvarer med de angitte tildelingskriteriene, jf. for eksempel klagenemndas sak 2016/14 premiss (45).
- (77) Innklagede fremholder at valgte leverandør har dokumentert kompetanse og kapasitet til 18 ressurser i sitt tilbud, som alle har relevant kompetanse. Det er også vist til at det i valgte leverandørs tilbud er listet opp en rekke underleverandører med forpliktelseserklæringer.
- (78) I versjonen av valgte leverandørs tilbud som er fremlagt for klagenemnda, er informasjonen som fremgår av CV-ene i stor grad sladdet. Klager har imidlertid heller ikke påvist konkrete holdepunkter for at valgte leverandørs tilbudte personell ikke har den relevante kompetansen. Klagenemnda har derfor ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes tildelingsevaluering på dette punktet.
- (79) Klager anfører også at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av underkriteriet "*Availability and Capacity*".
- (80) Klager fremholder for det første at innklagede ikke kan legge til grunn valgte leverandørs egne utsagn om at de ville oppgradere fly nummer 2 ved vurderingen av om valgte leverandør tilbød tilfredsstillende ressurser. Sett hen til klagenemndas drøftelse i premiss (72) over, tas det ikke selvstendig stilling til denne anførselen.
- (81) Videre fremholder klager at det fremgår av vurderingsmatrisen at innklagede har gitt klager dårligere uttelling enn WSP Sverige AB, ved at innklagede har kommet til to ulike konklusjoner på bakgrunn av identiske forhold.
- (82) For tilbudet til WSP Sverige AB var det i vurderingsmatrisen kommentert at ISAVIA er tilbudt som "backup". Videre er det kommentert at "*ISAVIA oppgraderer utstyr til sommeren.*" Når det gjelder klagers tilbud er det kommentert at ISAVIA vil brukes på validering, "*men ISAVIA mangler godkjenning for validering – vil oppgradere utstyr og søke om dette, skal være på plass i sommer*".
- (83) Klagenemnda er ikke enig med klager i at det som er opplyst i vurderingsmatrisen gir uttrykk for at innklagede har kommet til to konklusjoner på bakgrunn av identiske forhold. For begge tilbudene er det kommentert at ISAVIA sitt utstyr vil være på plass til sommeren. Innklagede har forklart at klager tilbød ISAVIA til validering for prosedyrer, mens WSP Sverige AB tilbød ISAVIA som backup. Innklagede har opplyst at det ble gitt et trekk for at klager benyttet en underleverandør til validering av prosedyrer, men at dette ikke medførte et stort trekk. Validering av prosedyrer må

anses som i kjerneområdet av de tjenestene som skulle leveres. I tillegg skulle det under kriteriet "*Availability and Capacity*" vurderes tilgjengelig antall fly og mannskap. I vurderingen vil det være relevant hvorvidt tilbyderer skal anvende egen eller underleverandørers kompetanse ved utførelsen av en del av tjenesten som er i anskaffelsens kjerneområde. Klagenemnda har ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes tildelingsevaluering på dette punktet.

(84) Klagers anførsel fører ikke frem.

Habilitet

(85) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til habilitet og kravet til likebehandling i loven § 5, ved at John Berg i Avinor har vært involvert i konkurransen og i evalueringen av valgte leverandørs tilbud, samtidig som vedkommende har vært hovedkontaktpersonen i det eksisterende avtaleforholdet med valgte leverandør.

(86) Forsyningsforskriften inneholder ikke en tilsvarende bestemmelse om habilitet som forskrift om offentlige anskaffelser § 3-7 om at "*[d]er forvaltningsloven ikke direkte kommer til anvendelse, gjelder reglene i forvaltningsloven § 6 til 10 tilsvarende*".

(87) De samme reglene må imidlertid i stor grad kunne utledes av kravene i loven § 5 om at oppdragsgiver skal sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandlingen og likebehandling av leverandørene. Se i denne retning Rt. 2007 s. 983 premiss (82) hvor det fremgår at "*[d]røftelsen kan kanskje like gjerne forankres i alminnelige anbudsrettslige prinsipper som i forvaltningsloven § 6*". Det fremgår av loven § 1 at regelverket skal bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

(88) Spørsmålet er om Berg hadde en slik rolle i anskaffelsen at den var egnet til å svekke tilliten til at tilbyderne konkurrerte på like vilkår. Valgte leverandør er eksisterende leverandør av kontrollflytjenester til innklagede etter at leverandøren ble tildelt kontrakten som ble lyst ut i 2013. Berg er valgte leverandørs hovedkontaktperson i dette avtaleforholdet.

(89) Innklagede var i en situasjon hvor kontrakten vedrørende levering av flykontrolltjenester var i ferd med å opphøre. Samtidig som innklagede skulle gjennomføre en ny konkurranse om tjenestene, måtte flykontrolltjenestene fortsatt utføres. Det løpende kontraktsforholdet mellom innklagede og valgte leverandør gjorde det nødvendig med kommunikasjon mellom partene også under gjennomføringen av den nye konkurransen.

(90) Regelverket er ikke til hinder for at eksisterende leverandør konkurrerer i en ny konkurranse om anskaffelsen, og det er naturlig at personer hos innklagede som har kjennskap til den gjeldende kontrakten også deltar i anskaffelsesprosessen til ny kontrakt. I tidligere saker som direkte gjelder forskrift om offentlige anskaffelser, har klagenemnda lagt til grunn at rent profesjonelt kjennskap ikke gir grunnlag for å fastslå inhabilitet, se blant annet klagenemndas sak 2013/26 premiss (69) med videre henvisninger. Klager har ikke fremlagt opplysninger som tilsier at det forelå annet enn et profesjonelt forhold mellom Berge og valgte leverandør. Klagenemnda har tidligere

lagt vekt på at det ikke er fremlagt bevis for at forbindelsen er av annet enn utelukkede profesjonell art, se sak 2013/26 premiss (70).

- (91) Det er heller ikke fremkommet opplysninger som tyder på at innklagede ved å bruke Berg som deltaker i den nye prosessen har gitt valgte leverandør en fordel, jf. lovens § 5.
- (92) Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Avinor Flysikring AS har brutt forsyningsforskriften § 11-3 (1) ved at den samtidige begrunnelsen for tildeling av kontrakt var mangelfull.

Klagers anførsel om innsyn har blitt avvist som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klagers øvrige anførsler vedrørende avvisning av leverandør, avvisning av tilbud, tildelingsevalueringen og habilitet har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk