Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav. Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en anbudskonkurranse for inngåelse av en tjenestekonsesjonskontrakt for å dekke behovet for tilbringertjeneste av los med helikopter. Klager anførte at de urettmessig ble avvist fra konkurransen og at kvalifikasjonskravet var konkurransevridende. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 27. november 2024 i sak 2024/1496

Klager: Heli-Team AS

Innklaget: Kystverket

Klagenemndas medlemmer: Elisabeth Wiik, Hanne S. Torkelsen og Hallgrim Fagervold

Bakgrunn:

(1) Kystverket (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. juni 2024 en konkurranse for anskaffelse av tilbringertjenester av los med helikopter. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen anslått til 1,5 milliarder kroner over avtaleperioden på 6 år, inkludert oppdragsgivers opsjon på 2 + 2 år. Tilbudsfristen var 5. august 2024.

(2) Det var i konkurransebestemmelsene kapittel 3.1 stilt kvalifikasjonskrav om erfaring:

«*Svar påkrevd. Det kreves erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag/leveranser av samme omfang, karakter og kompleksitet.*

Dokumentasjonskrav: Det skal vedlegges referanseliste over relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene som inkluderer angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker (navn, telefon og e-post.). Leverandøren kan dokumentere erfaringen ved å vise til kompetanse til personell han råder over og kan benytte til dette oppdraget, selv om erfaringen er opparbeidet mens personellet har utført tjeneste for en annen leverandør. Referansene skal angis i vedlegg 1».

(3) Det fulgte videre av konkurransebestemmelsene i punkt 1.4 «*Virksomhetsoverdragelse*» at:

«*Leverandøren må vurdere om reglene for virksomhetsoverdragelse i henhold til AML kapittel 16, kommer til anvendelse for denne tjenestekontrakten*».

(4) I kravspesifikasjonen kapittel 3 og 4 ble det stilt inngående krav til typen helikopteroperasjoner, til helikopterbesetningen og til selve helikoptrene. Herunder ble det stilt krav om at helikopterets besetning skulle bestå av «*to flygere*» med gyldig instrumentbevis og en heisoperatør, samt at de tilbudte flygerne og heisoperatørene skulle ha erfaring fra «*instrumentflyging og operasjoner over sjø*».

(5) Innklagede mottok tre tilbud innen tilbudsfristen fra Heli-Team AS (heretter *klager*), Airlift AS og Lufttransport RW AS.

(6) I klagers tilbud ble det gitt en referanseliste med seks oppdrag, hvor alle referansene gjaldt innlandsoppdrag utført som VFR-operasjoner, med én pilot. Klager oppga også en plan om hvordan de ville rekruttere flygere og teknikere/heis operatører som hadde erfaring med den typen oppdrag som foreliggende anskaffelse gjaldt før oppstart av kontraktgjennomføringen.

(7) Klager ble avvist fra konkurransen 23. september 2024 på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring ved tilbudsfristen. Innklagede la til grunn at erfaring med innlandsoppdrag, og VFR-operasjoner med én pilot, ikke kunne anses som «*tilsvarende eller relevante oppdrag/leveranser av samme omfang, karakter og kompleksitet*». Innklagede viste også til at klager ikke hadde dokumentert at de rådet over personell med tilstrekkelig erfaring på tilbudstidspunktet.

(8) Klager påklaget avvisningsbeslutningen 25. september 2024. Innklagede opprettholdt avvisningen 27. september 2024.

(9) Klagen ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. oktober 2024. Innklagede avventer kontraktinngåelse inntil klagenemndas avgjørelse foreligger.

(10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. november 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(11) Det er ikke avgjørende for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav om erfaring at klager ikke hadde vedlagt en referanseliste som viste erfaring med tilsvarende oppdrag. Det fremgikk av tilbudet hvordan klager ville gå frem for å ansette kvalifisert personell med nødvendige erfaringer i henhold til kvalifikasjonskravet innen oppstart av kontraktgjennomføringen. Det forelå dermed ikke grunnlag for å avvise klager. I denne sammenhengen må det fremheves at det på tidspunkt for levering av tilbudet var umulig for klager å legge ved en referanseliste med CV-er, all den tid de fleste av personellbehovene for flygere, teknikere og heisoperatører var i tjeneste hos eksisterende leverandør.

(12) At kvalifikasjonskravene skulle knyttes til oppstart av kontraktgjennomføringen, fremkommer også av at leverandørene i konkurransen skulle vurdere virksomhetsoverdragelse. Virksomhetsoverdragelse er å regne som bransjestandard og har vært gjennomført ved flere anledninger tidligere. Begrunnelsen er at virksomhetsoverdragelse er avgjørende for at tilbydere som søker å etablere seg i nye markeder skal kunne oppfylle kravene til utstyr og personell som kreves etter kontrakten. I praksis vil det dermed være umulig for nye tilbydere å oppfylle kvalifikasjonskravene om utstyr og personell innen tilbudsfristen. Kvalifikasjonskravet blir dermed konkurransebegrensende, dersom klagenemnda skulle finne at kvalifikasjonskravet måtte være på plass ved tilbudsfristen.

(13) Under enhver omstendighet skulle innklagede kalt klager inn til avklaringer, dersom innklagede ønsket å ha klager med inn i vurderingen og evalueringen av ny leverandør.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(14) Klager oppfylte ikke kvalifikasjonskravet om erfaring på tilbudstidspunktet. Innklagede hadde derfor en plikt til å avvise klager, jf. konsesjonskontraktforskriften § 11-2 (1) bokstav a.

(15) For det første har ikke klager levert referanser på utførte leveranser som tilfredsstiller kvalifikasjonskravet om erfaring fra tilsvarende kontrakter. At klager har en plan om å tilfredsstille kvalifikasjonskravet i god tid før kontraktsoppstart er irrelevant for vurderingen, ettersom kvalifikasjonskravet skulle være oppfylt på tilbudstidspunktet.

(16) Uansett har ikke klager levert dokumentasjon i henhold til dokumentasjonskravet. Begrunnelsen er at klager kun viser til fremtidige prosesser om hvordan klager vil gå frem for å få tilstrekkelig kompetanse dersom de blir valgte leverandør. Dette er ikke i henhold til dokumentasjonskravet om å dokumentere personell klager «*råder over*» med erfaringen som kreves etter kvalifikasjonskravet.

(17) Innklagede kan ikke se hvilken betydning den forutgående kommunikasjonen med klager høsten 2023 har for forståelsen eller oppfyllelsen av det aktuelle kvalifikasjonskravet i denne anskaffelsen.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en konsesjonskontrakt om levering av los av helikopter, som er en tjenestekontrakt. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen anslått til 1,5 milliarder kroner over avtaleperioden på 6 år, inkludert oppdragsgivers opsjon på 2 + 2 år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om konsesjonskontrakter av 12. august 2016 nr. 976 del I og II, jf. konsesjonskontraktforskriften §§ 5-1 og 5-2.

(19) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring.

(20) Det følger av konsesjonskontraktforskriften § 11-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «*skal*» avvise en leverandør som «*ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».

(21) Ved fastleggelsen av innholdet i et kvalifikasjonskrav skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravet. Det nærmere innholdet av kvalifikasjonskravet må fastlegges på bakgrunn av kravets ordlyd. I vurderingen kan det være nødvendig å tolke kvalifikasjonskravet i lys av det tilhørende dokumentasjonskravet og hva kontrakten går ut på, herunder kravspesifikasjonen og øvrige kontraktsdokumenter lest i sammenheng, jf. Eidsivating lagmannsretts kjennelse LE-2021-130025 og klagenemndas sak 2022/1696 avsnitt 20.

(22) Det aktuelle kvalifikasjonskravet stilte krav om «*erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag/leveranser av samme omfang, karakter og kompleksitet*». Av dokumentasjonskravet fremgikk at leverandørene måtte dokumentere «*relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene*» ved å vise til kompetanse til personell som leverandøren «*råder over og kan benytte til dette oppdraget*».

(23) Slik klagenemnda forstår saken, er partene enig om at klager ikke har levert referanser som tilfredsstiller kvalifikasjonskravet om erfaring. Nemnda kan i alle tilfeller ikke se at klager har vist til erfaring fra tilsvarende oppdrag/leveranser eller dokumentert at de råder over personell som innehar den etterspurte erfaringen.

(24) Klager anfører at det fremgikk av tilbudet hvordan klager ville gå frem for å ansette kvalifisert personell med nødvendige erfaringer, i henhold til kvalifikasjonskravet, innen oppstart av kontraktgjennomføringen. Sammenholdt med at konkurransegrunnlaget pålegger tilbydere å vurdere hvorvidt virksomhetsoverdragelse blir aktuelt, argumenterer klager for at de oppfyller kvalifikasjonskravet ettersom klager har beskrevet en plan om gjennomføring av en virksomhetsoverdragelse.

(25) Klagenemnda bemerker at et kvalifikasjonskrav som utgangspunkt må være oppfylt på tilbudstidspunktet, så lenge ikke en konkret tolkning av kvalifikasjonskravet tilsier et senere oppfyllelsestidspunkt, jf. klagenemndas stornemndsak 2023/852 avsnitt 28. Avgjørelsen gjaldt klassisk sektor, men det tilsvarende gjelder også etter konsesjonskontraktforskriften.

(26) I denne saken gir ikke kvalifikasjonskravets ordlyd noen indikasjon om et senere oppfyllelsestidspunkt. Av ordene «*råder over*» i dokumentasjonskravet ligger det tvert imot en forutsetning om at leverandørene må ha tilknyttet seg personell på tilbudstidspunktet som innehar erfaring med relevante oppdrag, ettersom dokumentasjonen skulle leveres ved tilbudsfristen. Kvalifikasjonskravet måtte dermed være oppfylt på tilbudstidspunktet, og innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klager.

(27) Klager anfører også at kravet om å oppfylle kvalifikasjonskravet ved tilbudsfristen er konkurransevridende. Begrunnelsen er at kravet vil hindre nye tilbydere i å etablere seg i markedet. Klagenemnda bemerker imidlertid at kvalifikasjonskrav etter sin art er ekskluderende. Når det aktuelle kvalifikasjonskravet spesifiserer terskelen for hva som skal til for oppfyllelse, vil en potensiell konsekvens være at selskaper uten slik erfaring avstår fra å levere tilbud. Nemnda har ingen rettslige innvendinger mot innklagedes valg av kvalifikasjonskrav. Klagers anførsel fører ikke frem.

(28) Avslutningsvis argumenterer klager for at innklagede burde bedt om avklaringer fra klager. Det kan imidlertid ikke etableres en avklaringsplikt for oppdragsgivere i tilfeller der en tilbyder ikke oppfyller kvalifikasjonskravet. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Kystverket har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise Heli-Team AS fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hallgrim Fagervold

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur