



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Evaluerings- eller prismodell.
Forhandlingsforbud. Saklig klageinteresse.

Innklagede inviterte leverandører til en konkurranse for anskaffelse av spesialutstyr og tilhørende servise- og vedlikeholdstjenester til Helikoptertjenesten i Politiet. Klager anførte at det forelå feil knyttet til prisevalueringen i konkurransen, herunder at innklagede skulle hensyntatt en feil i klagers tilbud som ble korrigert etter tildeling, samt at bruk av den aktuelle utregningsmodellen for å bestemme leverandørenes tilbudspriser var ulovlig på grunn av manglende opplysninger om den i konkurransegrunnlaget. Klager anførte også at innklagede hadde gitt valgte leverandør et ulovlig konkurransefortrinn ved å informere om at klager lå best an på pris etter første tilbudsrunde. Endelig anførte klager at innklagede hadde brutt regelverket ved å gå i dialog med leverandørene. Klagenemnda fant at ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 22. mars 2021 i sak 2019/426

Klager: Bekkevold Defence Ltd.

Innklaget: Oslo Politidistrikt

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Oslo Politidistrikt (heretter *innklagede*) sendte 1. november 2018 ut en tilbudsinvitasjon i forbindelse med anskaffelse av Z antall sett med spesialutstyr og tilhørende servise- og vedlikeholdstjenester til Helikoptertjenesten. Innklagede anslo anskaffelsens verdi til å være mellom 1,2 – 1,6 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 23. november 2018.
- (2) Det fremgikk av invitasjonen at innklagede «*åpner for dialog/avklaringer rundt tilbudene dersom det er behov, før valg av leverandør tas*».
- (3) Konkurransen skulle «*gjennomføres ved bruk av unntaksprosedyre i medhold av Politiregisterloven § 23 andre ledd, jf. anskaffelsesforskriften § 2-2 første ledd bokstav b*».
- (4) Vedlagt var en kravspesifikasjon hvor det var angitt en rekke krav til leveransen med ulik prioritet: Enten «*shall*» eller «*should*». Krav merket med «*shall*» (heretter kalt *skal-krav*) innebar følgende:

«Essential requirements that are a precondition for achieving the overall objective, purpose and functioning of the system. The requirements are mandatory and failure to meet any SHALL requirement will result in rejection of the Tender».

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (5) Krav merket med «*should*» (heretter kalt *bør-krav*) innebar følgende:

«Important requirements for the proper efficiency or functionality or maintenance of [spesialutstyret]. The requirement should be met».

- (6) Det var et skal-krav at leverandøren kunne levere spesialutstyr med egenskap X, mens levering av det samme utstyret med egenskap Y var angitt som et bør-krav.
- (7) Tre leverandører leverte tilbud, herunder Bekkevold Defence Ltd. (heretter *klager*) og [...]. Tilbudet fra den tredje leverandøren ble avvist på grunn av manglende oppfyllelse av et skal-krav.
- (8) I en e-post av 27. november 2018 sendte klager en korreksjon av tilbudet. Innklagede svarte samme dag, og bekreftet at korreksjonen var hensyntatt.
- (9) Den 28. november 2018 sendte innklagede en e-post til klager, der det fremgikk at det var behov for avklaringer av klagers tilbud knyttet til et eventuelt forbehold i tilbudet, samt pris for service- og inspeksjonsplan. Klager ble også bedt om å oppgi en timespris for teknikere. Fristen for å besvare henvendelsen og levere et oppdatert tilbud, ble satt til 30. november 2018.
- (10) Etter gjennomgang av tilbudene, sendte innklagede den 7. desember 2018 e-post til leverandørene der det fremgikk følgende:

«Vi har gjennomgått tilbudene. Tilbudene i konkurransen er jevne både i tilbudt kvalitet og tilbudt pris. [Klager] ligger slik prisen bildet er best an prismessig, men det er små marginer.

For å unngå misforståelser ber vi om at tilbudte priser settes inn i dette skjemaet:

<i>Antall</i>	<i>Beskrivelse</i>	<i>Enhetspris</i>	<i>Totalpris</i>	<i>Prisenhet</i>
<i>[Z]</i>	<i>[Spesialutstyr med egenskap Y] iht. Kravspesifikasjonen, inklusive alt nødvendig utstyr</i>			<i>Dollar med valutakurs \$/NOK</i>
<i>[Z]</i>	<i>[Spesialutstyr med egenskap X] iht. Kravspesifikasjonen, inklusive alt nødvendig utstyr</i>			<i>Dollar med valutakurs \$/NOK</i>
	<i>Frakt frem til Kunden, forsikring – dvs. alle utgifter forbundet med kjøpet utenom kjøp av selve utstyret og mva</i>			<i>Dollar med valutakurs \$/NOK</i>
	<i>MVA</i>			

<i>sensurert</i>	<i>Inspeksjonskontroll (sensurert) ihht. Produsentens vedlikeholdsmanual</i>			
	<i>Vedlikehold/reparasjon (sensurert)</i>	<i>Pr time</i>	<i>Pr time</i>	<i>NOK pr time</i>

Det vil legges til grunn [...] /reparasjon [...] totalt for avtaleperioden i evalueringen uten at dette binder [innklagede] på noen måte. [...] er satt for å få sammenlignbare enheter i evalueringen. [Innklagede] etterspør pris for både [...] og [...]

Helikoptertjenesten har som intensjon å anskaffe [spesialutstyret med egenskap Y] såfremt det er mulig, men anskaffer alternativt [spesialutstyret med egenskap X]. [Kjøp av spesialutstyret med egenskap Y er] foretrukket.

Dersom det er ønskelig kan prisene justeres, slik at dette blir siste og beste pristilbud i denne konkurransen.

Det bes om å returnere dette senest innen onsdag 12. desember 2018 kl. 1200. [...]».

- (11) Klager sendte innklagede en e-post 11. desember 2018 med en rekke spørsmål knyttet til pris og prisskjemaet, blant annet følgende:

«Er det mulig å få vite hvor mye "Should" (Bør) kravene vektet totalt i forhold til pris?»

- (12) Innklagede svarte på e-post samme dag at:

«I evalueringen er det lagt inn 10 poeng for should-krav og 20 poeng for shall-krav. Vekt mellom pris og kvalitet er satt til 50/50. [...]».

- (13) Det ble også opplyst om at MVA-rubrikken ikke skulle inngå i prisevalueringen.

- (14) Samme dag henvendte klager seg igjen til innklagede på e-post med en rekke påpekninger knyttet til evalueringen av tilbudene:

«Vi trodde at "shall" (skal) kravene var absolutte og som sådan unødvendig å poeng-gi (med andre ord forutsatte vi at dersom man ikke tilfredstilte shall kravene så kunne man ikke tilby [...] dette kjøpet.

Dersom man gjør det på denne måten får Should (bør) kravene mindre betydning i den totale evalueringen.

I tillegg har man ikke tatt med transportutgifter ifm. [...], som for vår del er minimale.

Dessuten blir det vanskelig å evaluere (poeng-gi) hvem som har mulighet til å få [...].

[...]».

- (15) Innklagede korrigerer opplysningen vedrørende poengsetting i en e-post av 12. desember 2018. Av e-posten fremgikk det at skal-kravene ikke ville bli poengsatt. Innklagede ville

utelukkende sjekke om kravene var oppfylt. Bør-kravene ville derimot bli poengsatt i evalueringen.

- (16) Rett før utgangen av tilbudsfristen 12. desember 2018, sendte klager en ny e-post til innklagede, hvor det ble vist til at innklagede tidligere hadde stadfestet at klager lå best an prismessig. Klager spurte hvordan tilbudene lå an med tanke på oppfyllelsen av bør-kravene. Innklagede besvarte e-posten etter utløpet av tilbudsfristen.
- (17) Ved brev av 8. januar 2019 meddelte innklagede at de hadde til hensikt å inngå kontrakt med [...] (heretter *valgte leverandør*).
- (18) Det fremgikk av tildelingsbrevet at tilbudene var evaluert på bakgrunn av tildelingskriteriene «Pris» (50 %) og «Kvalitet» (50 %). Tilbudene, slik de forelå ved utløpet av den endelige tilbudsfristen, var vurdert som jevn gode på kvalitet: Ingen av tilbudene ble med andre ord ansett å oppfylle bør-kravene bedre enn det andre. Prisdifferansen mellom tilbudene ble derfor utslagsgivende.
- (19) Av tildelingsbrevet fremgikk følgende om evalueringen av pris:

«I evalueringen er pris for [spesialutstyr] vurdert med 75 % av prisen for [spesialutstyr med egenskap Y] og 25 % av prisen for [spesialutstyr med egenskap X]. Bakgrunnen for dette er at sannsynligheten for at helikoptertjenesten kjøper [Y] er [...]. På denne bakgrunn er det besluttet at det er nødvendig å vektlegge prisen [for X] i noe grad i evalueringen, men i mindre grad enn 50 % på grunn av det overnevnte. Dersom evalueringen av pris skulle vektlegge tilbudt pris for [...], ville rangeringen ikke blitt endret».
- (20) Denne fremgangsmåten ga klager en beregnet tilbudspris på 3 336 928,60 kroner, mot 3 304 208,40 kroner for valgte leverandørs tilbud. Beregnet prisdifferanse var dermed rett i overkant av 32 000 kroner.
- (21) Innklagede og valgte leverandør inngikk kontrakt 14. mars 2019.
- (22) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. juli 2019.
- (23) Den 22. november 2019 ble det åpnet konkurs i Bekkevold Defence NUF.
- (24) Den 31. januar 2020 utstedte bostyrer en abandoneringserklæring til daglig leder i Bekkevold Defence Ltd. Det fremgikk av erklæringen at konkursboet, med virkning fra 12. desember 2019, abandonerte et potensielt erstatningskrav mot innklagede.
- (25) I kjennelse av 30. juni 2020 innstilte tingretten bobehandlingen i medhold av konkursloven § 135.
- (26) I vedtak av 25. september 2020 ble klagen avvist som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda av sekretariatet, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (27) Klager påklaget avgjørelsen, og klagenemndas leder vedtok 5. november 2020 å oppheve avvisningsvedtaket.
- (28) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. februar 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (29) Det fremgikk ikke av tilbudsinvitasjonen at det skulle gjennomføres dialog. Innklagede har derfor brutt regelverket ved likevel å gjennomføre dialog.
- (30) Innklagede har også brutt regelverket ved å gi valgte leverandør et urettmessig konkurransefortrinn. Innklagede opplyste om at klagers tilbud hadde lavest pris, før leverandørene ble oppfordret til å komme med endelige tilbud.
- (31) Det foreligger faktiske feil ved tilbudsevalueringen. Innklagede har ikke tatt hensyn til en regnefeil i klagers tilbud.
- (32) Innklagede har brutt regelverket ved at det i tilbudsinvitasjonen ikke var opplyst om hvordan tilbudsprisene ville bli evaluert. Innklagedes vektning av tilbudsprisene på henholdsvis 75 % og 25 % for utstyret oppsatt med ulike egenskaper strider mot anskaffelsesregelverket.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (33) Klager mangler saklig klageinteresse, og saken må derfor avvises for behandling i klagenemnda. Det anføres to selvstendige grunnlag for påstanden.
- (34) For det første er klager konkurs i Norge, og bobehandling er endelig avsluttet. Dette innebærer normalt at et aksjeselskap opphører å eksistere, og det vil som et utgangspunkt også innebære at selskapet ikke lenger har partsevne og prosessuell handleevne. Dette må gjelde uavhengig av om klager er et engelsk selskap som ikke kan slettes av norske myndigheter. Den norske virksomheten i selskapet har opphørt som følge av konkursen.
- (35) Videre vil en avgjørelse fra klagenemnda ikke ha betydning for klagers rettsstilling, selv om klager hadde fått medhold i sine anførsler. Den norske virksomheten i selskapet har opphørt som følge av konkursen, og det er opprettet et nytt selskap – Bekkevold Defense AS – med samme virksomhet som Bekkevold Defence NUF. Klager har ikke lenger et reelt behov for avklaring.
- (36) Klagenemnda har ikke kompetanse til å behandle klagen, ettersom anskaffelsen er omfattet av unntakene i anskaffelsesforskriften §§ 2-2 (1) bokstav b og 2-2 (2). Verken anskaffelsesloven eller dens tilhørende forskrifter kommer til anvendelse
- (37) Subsidiært anføres det at anskaffelsen er unntatt forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser av 4. oktober 2012 nr. 1185 (heretter kalt FOSA), jf. dennes § 1-3 (2) bokstav j, slik at klagenemnda må ta stilling til saken ut fra de grunnleggende kravene i loven § 4.
- (38) Oppdragsgiver er ikke pålagt å informere om at det vil gjennomføres dialog/forhandlinger i tilbudsinvitasjonen. Uansett fremgikk det uttrykkelig av denne at innklagede planla å gå i dialog med leverandørene.
- (39) Forut for forhandlingsrunden fikk begge leverandørene opplysninger om hvordan tilbudene lå an i forhold til hverandre. De fikk lik informasjon og like muligheter. Forhandlingene ble gjennomført i tråd med likebehandlingsprinsippet. Innklagede har ikke avslørt forretningshemmeligheter eller andre fortrolige forhold.

- (40) Det er ikke en feil ved evalueringen at pris for standard-batteripakke ikke ble trukket ut av tilbudet ved evalueringen. Dette var en direkte konsekvens av at klager kun hadde oppgitt en samlet pakkepris på spesialutstyr som dermed inkluderte en standard-batteripakke, selv om innklagede skulle anskaffe premium-batteripakker.
- (41) Av de grunnleggende prinsippene følger det ingen plikt til å oppgi i tilbudsinvitasjonen hvordan tildelingskriteriet pris vil bli evaluert, eller til å opplyse om evalueringsmodell. Den ulike vektingen av pris for de ulike egenskapene er heller ikke underkriterier. Videre har oppdragsgiver et vidt skjønn ved valg av evalueringsmodell. Det var klart for leverandørene at prisen for egenskap Y ville få størst betydning i evalueringen, ut fra informasjon gitt underveis. Denne evalueringen av pris hadde uansett ikke betydning for rangeringen av tilbudene, verken sammenlagt eller isolert for priskriteriet.

Klagenemndas vurdering:

Klagenemndas kompetanse til å behandle klagen

- (42) Innklagede har anført at klagenemnda ikke har kompetanse til å behandle klagen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 (heretter *klagenemndsforordningen*), §§ 1 og 6 (1), og viser til at anskaffelsen er unntatt anskaffelsesregelverket i sin helhet, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 (heretter *anskaffelsesforordningen*) §§ 2-2 (1) bokstav b og 2-2 (2).
- (43) Det fremgår av § 2-2 (1) bokstav b at anskaffelsesregelverket ikke gjelder anskaffelser som er «*erklært hemmelige*» eller som «*bare kan utføres under særlige sikkerhetstiltak i henhold til lov, forskrift eller forvaltningsvedtak*» og der «*de aktuelle interessene ikke kan sikres gjennom mindre inngripende tiltak*».
- (44) Bestemmelsen er en gjennomføring av direktiv 2014/24/EU artikkel 15 nr. 3, og det følger av fast praksis fra EU-domstolen at bestemmelser som tillater unntak fra EU-rettens bestemmelser om offentlige anskaffelser må fortolkes restriktivt, jf. eksempelvis sak C-337/06 *Bayerischer Rundfunk*, avsnitt 64. Samtidig er det klart nok at en unntaksbestemmelse ikke kan tolkes så snevert at den fratras sin tilsiktede virkning, jf. C-19/13 *Fastweb*, avsnitt 40.
- (45) I direktivet lyder bestemmelsen som følger: «*[d]ersom innkjøpet og gjennomføringen av den offentlige kontrakten eller prosjektkonkurransen er erklært hemmelig eller skal ledsages av særlige sikkerhetstiltak i samsvar med gjeldende lover og forskrifter i en medlemsstat, får dette direktiv ikke anvendelse **forutsatt at medlemsstaten har fastslått at de berørte vesentlige interessene ikke kan sikres ved mindre inngripende tiltak, for eksempel slike tiltak som er nevnt i nr. 2 første ledd.***» (uthevet her).
- (46) Bestemmelsen gir EØS-statene adgang til å vedta lover, forskrifter eller treffe forvaltningsvedtak hvor det fastsettes at anskaffelser som må gjennomføres under særlige sikkerhetstiltak unntas anskaffelsesregelverket. Det er den aktuelle lovhjemmelen eller forvaltningsvedtaket som må være forholdsmessig: Staten må kunne påvise at de aktuelle sikkerhetsinteressene ikke kan sikres gjennom mindre inngripende tiltak enn unntak fra anskaffelsesregelverket. For at oppdragsgiver skal høres med at en anskaffelse er unntatt regelverket i medhold av § 2-2 (1) bokstav b, må oppdragsgiveren vise til lov, forskrift eller forvaltningsvedtak som hjemmel for unntak fra anskaffelsesregelverket.

- (47) Innklagede har vist til at Helikoptertjenesten ble klassifisert som et skjermingsverdig objekt i henhold til sikkerhetsloven (1998) i 2014. Ved gjennomføring av anskaffelsen ville valgte leverandør ikke bare få tilgang til informasjon om Helikoptertjenesten, men også tilgang til tjenesten ved gjennomføring av vedlikehold m.m. Dette innebærer at leverandøren «*vil kunne få tilgang til skjermingsverdig informasjon eller objekt*», og at anskaffelsen derfor er en «*sikkerhetsgradert anskaffelse*» jf. sikkerhetsloven (1998) § 3 (1) nr. 17. Innklagede har også vist til at valgte leverandør ville pålegges taushetsplikt etter politiregisterloven, samt at anskaffelsesdokumentene – etter utsending av konkurransegrunnlaget til leverandørene som ble invitert til å delta i konkurransen – ble gradert som STRENGT FORTROLIG etter beskyttelsesinstruksen for forvaltningen. Innklagede har tatt til orde for at samtlige forhold må anses å være «*særlige sikkerhetstiltak*».
- (48) Klagenemnda forstår at både anskaffelsen og kontraktsgjennomføringen er underlagt et omfattende regime med sikkerhetstiltak, men kan ikke se at det følger av sikkerhetsloven eller politiregisterloven at anskaffelser som krever gjennomføring av angitte sikkerhetstiltak kategorisk skal unntas anskaffelsesregelverket. Innklagede har heller ikke vist til forvaltningsvedtak som hjemmel for unntak.
- (49) Unntaksbestemmelsen i § 2-2 (1) bokstav b) kommer ikke til anvendelse.
- (50) Bestemmelsen i § 2-2 (2) gir oppdragsgiver adgang til å unnta en anskaffelse fra anskaffelsesregelverket «*dersom anvendelsen av [anskaffelsesregelverket] vil forhindre oppdragsgiveren fra å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser*». Anskaffelsen er likevel underlagt anskaffelsesregelverket dersom oppdragsgiver «*kan ivareta de aktuelle interessene ved mindre inngripende tiltak*», eksempelvis gjennom pålegg om taushetsplikt for leverandørene. Det er oppdragsgivers ansvar å synliggjøre at vilkårene er oppfylte.
- (51) Som det fremgår av avsnitt 47 over, har innklagede forklart at skjermingsbehovet knytter seg både til opplysninger om anskaffelsen i seg selv, samt valgte leverandørs tilgang til helikoptertjenesten som et skjermingsverdig objekt. Begge deler vil gi utenforstående informasjon om tjenestens kapasiteter.
- (52) Slik klagenemnda forstår det, er pålegg om taushetsplikt og eventuelle krav om sikkerhetsklarering, adgangsklarering og/eller inngåelse av en sikkerhetsavtale med leverandørene eksempler på tiltak og virkemidler i sikkerhetsloven som kan benyttes for å ivareta sikkerhetsinteressene i en anskaffelsesprosess på en tilfredsstillende måte. Innklagede har ikke synliggjort at bruk av nevnte sikkerhetstiltak ville vært utilstrekkelig til å ivareta de aktuelle sikkerhetsinteressene. Tvert om fremstår det for nemnda som at innklagedes skjermingsbehov ville blitt ivaretatt på en tilfredsstillende måte dersom innklagede hadde hensyntatt sikkerhetsinteressene fra starten av, og gjennomført anskaffelsen som en «*sikkerhetsgradert anskaffelse*», jf. sikkerhetsloven (1998) § 3 (1) nr. 17.
- (53) Klagenemnda legger derfor til grunn at de aktuelle sikkerhetsinteressene vil kunne sikres gjennom mindre inngripende tiltak enn unntak fra anskaffelsesregelverket.
- (54) Det er etter dette heller ikke grunnlag for å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesregelverket etter bestemmelsen i § 2-2 (2).

- (55) Klagenemnda har etter dette kompetanse til å behandle klagen, jf. klagenemndsforordningen §§ 1 og 6.

Hvorvidt klager har saklig klageinteresse

- (56) Klager har deltatt i konkurransen, og har dermed i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (57) Innklagede påstår imidlertid at klagers saklige interesse i å få avgjort de konkrete anførselene i saken, har falt bort etter at klagen ble brakt inn for klagenemnda.
- (58) Klagenemnda kan ikke se at klagers selskap er avviklet i England, og det kan derfor ikke være av betydning at klagers norske filial – som uansett ikke var et selvstendig rettssubjekt – er avviklet. Klagenemnda finner det derfor ikke tvilsomt at klager fremdeles har partsevne.
- (59) Det avgjørende er imidlertid om klager fremdeles har et *reelt behov* for å få avgjort sine anførsler. Dette har klagenemnda – i tråd med alminnelige prosessuelle grunnvilkår – tolket slik at interessen i å få avgjort anførselen eller anførselene må være aktuell, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/344, avsnitt 25. Den konkrete vurderingen av om slik aktuell interesse foreligger, må gjøres for hver av de anførselene klager har fremsatt, basert på hvilken betydning en vurdering av disse anførselene vil kunne ha for klager. Som et utgangspunkt må det reelle behovet bestå gjennom hele saksbehandlingen, se til sammenligning Høyesteretts kjennelse i Rt. 2013 s. 1707, avsnitt 18.
- (60) I vår sak skulle konkurransen avgjøres på bakgrunn av kriteriene «Pris» og «Kvalitet». Leverandørene scoret likt på kvalitetskriteriet, og prisforskjellen på 32 000 kroner ble dermed avgjørende.
- (61) Anførselene fra klager knyttet til gjennomføring av forhandlinger og feil ved evalueringen av pris, er forhold av direkte betydning for utfallet av konkurransen. Dersom de fører frem, vil det gi klager grunnlag for å forfølge et erstatningskrav mot innklagede.
- (62) Klagenemnda har etter dette kommet til at en avgjørelse vil kunne påvirke klagers rettsstilling, og at klager derfor har reelt behov for å få avgjort sine anførsler, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd.

Hvilket regelverk anskaffelsen følger

- (63) Konkurransen gjelder kjøp av spesialutstyr med tilhørende servise- og vedlikeholdstjenester, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til mellom 1,2 og 1,6 millioner kroner.
- (64) Det følger av anskaffelsesforordningen § 2-1 (1) b at forordningen ikke kommer til anvendelse på anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet som definert i FOSA § 1-3 første ledd.
- (65) Det fremgår av denne bestemmelsens bokstav b at FOSA kommer til anvendelse på kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet som gjelder levering av «gradert materiell».
- (66) Hva som omfattes av begrepet gradert materiell er nærmere definert i § 4-1 bokstav h, hvor det fremgår at «materiell til sikkerhetsformål» som «inneholder eller krever behandling av gradert informasjon» er gradert materiell.

- (67) Anskaffelsen i vår sak gjelder levering av en type spesialutstyr til Helikoptertjenesten i politiet. Utstyret skal benyttes ved utføring av tjenestens oppgaver og er derfor å regne som «*materiell til sikkerhetsformål*». Som allerede nevnt i avsnitt X, er Helikoptertjenesten klassifisert som et «*skjermingsverdig objekt*» i medhold av sikkerhetsloven. Både deltakelse i konkurransen og kontraktsoppfyllelse krever at leverandørene får tilgang til gradert informasjon om tjenesten. Klagenemnda finner det derfor klart at anskaffelsen gjelder levering av «*gradert materiell*», jf. forskriften § 1-3 (1) bokstav b. Anskaffelsen er dermed i utgangspunktet underlagt reglene i FOSA.
- (68) Innklagede har imidlertid gjort gjeldende at unntaksbestemmelsen i § 1-3 (2) bokstav j kommer til anvendelse, med den konsekvens at anskaffelsen er unntatt FOSA – men underlagt anskaffelsesloven.
- (69) Klagenemnda finner at et eventuelt unntak fra FOSA ikke er av praktisk betydning for nemnda, fordi anskaffelsens verdi er under den kunngjøringspliktige terskelverdien, jf. forskriftens § 2-2 (1). Klagenemnda må derfor uansett ta utgangspunkt i de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 når nemnda nå går over til å ta stilling til klagers anførsler i saken.

Opplysninger om hvordan konkurransen skulle gjennomføres

- (70) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å gjennomføre dialog med leverandørene uten at dette fremgikk av konkurransegrunnlaget.
- (71) Allerede av tilbudsinvitasjonen som leverandørene mottok, fremgikk det imidlertid at «*[innklagede] åpner for dialog/avklaringer rundt tilbudene dersom det er behov, før valg av leverandør tas*».
- (72) Klagers anførsel om at konkurransegrunnlaget ikke inneholdt slike opplysninger, og at innklagede dermed har handlet i strid med kravet til forutberegnelighet, kan ikke føre frem.

Utgitte opplysninger om leverandørenes prisnivå

- (73) Klager anfører videre at innklagede har brutt regelverket ved å utgi informasjon om hvordan tilbudene lå an prismessig i forhold til hverandre, før leverandørene fikk mulighet til å levere et nytt og forbedret tilbud. Nærmere bestemt mener klager at valgte leverandør fikk et urettmessig konkurransefortrinn, som følge av opplysningen om at klagers tilbud foreløpig hadde lavest pris.
- (74) Begge de gjenstående leverandørene mottok den samme e-posten, hvor innklagede opplyste at man hadde gjennomgått tilbudene, og at de var «*jevne i både tilbudt kvalitet og pris*». Det ble presisert at klager «*ligger slik prisbildet er best an prismessig, men det er små marginer*». Det ble videre opplyst at «*[d]ersom det er ønskelig kan prisene justeres, slik at dette blir siste og beste pristilbud i denne konkurransen*».
- (75) Leverandørene fikk altså de samme opplysningene om hvordan tilbudene lå an i forhold til hverandre, og den samme muligheten til å levere et revidert tilbud. De konkrete enhets- eller totalprisene ble ikke utgitt.
- (76) Klagers anførsel om at innklagede med dette har handlet i strid med kravene til likebehandling og konkurranse i loven § 4, kan ikke føre frem.

Tildelingsevalueringen - feil i klagers tilbud

- (77) Klager har videre anført at det foreligger en faktisk feil ved prisevalueringen. Klager mener at innklagede skulle ha trukket fra prisen på standard batteripakke ved sin prisevaluering, noe innklagede ikke har gjort.
- (78) Det rettslige utgangspunktet er at leverandøren selv bærer ansvaret for utforming av eget tilbud, og at leverandøren dermed har risikoen for eventuelle uklarheter o.l. i tilbudet. Kravene til likebehandling og forholdsmessighet i loven § 4 kan likevel tilsi at oppdragsgiver etter omstendighetene har en avklaringsplikt, se eksempelvis lagmannsrettens kjennelse i LB-2018-147988.
- (79) I klagers endelige tilbud var det angitt en pris for Z antall spesialutstyr med egenskap X og en pris for Z antall spesialutstyr med egenskap Y. Prisene inkluderte blant annet en standard batteripakke og ett standardelement per stk. spesialutstyr. I tilbudet var det oppgitt en samlet pris på spesialutstyret. Standardelementet var imidlertid – i tillegg til å være en del av pakken – oppført som en egen post i tilbudet med en separat enhetspris. Det var ikke oppgitt enhetspriser på de øvrige elementene som var inkludert i pakken. I tilbudet ble det vist til en separat samlet pris i klagers første tilbud for premium-tilbehør som inkluderte både et premium-element og en premium-batteripakke. For å kunne evaluere totalprisen på spesialutstyr levert med premium-tilbehør, måtte dette priselementet legges til i evalueringsprisen.
- (80) Tilbudet av 23. november – som det endelige tilbudet henviste til – inneholdt også pris for en tilleggs pakke. Denne tilleggs pakken inneholdt én premium-batteripakke og ett premium-element. Også her var det kun oppgitt én pakkepris for premium-pakken – det fremgikk ikke enhetspriser på henholdsvis batteripakke og element.
- (81) Innklagede har forklart at de ønsket å anskaffe spesialutstyret med premium-batteripakke og –elementer. Siden klager ikke hadde angitt enhetspriser for henholdsvis standard-batteripakker og -elementer, forstod innklagede det slik at klager ikke kunne tilby disse batteripakkene og -elementene hver for seg. Innklagede tolket klagers tilbud videre slik at standard-batteripakken ikke kunne tas ut av tilbudsprisen. Dette i motsetning til standard-elementet, hvor klager hadde opplyst om en egen enhetspris. Den omstendighet at klager hadde oppgitt enhetsprisen for standard-elementene, ble forstått slik at dette elementet kunne trekkes fra i totalprisen for spesialutstyr-pakkene.
- (82) Ved evalueringen av klagers tilbud tok innklagede utgangspunkt i prisen for spesialutstyr-pakkene med egenskap X og Y. Ettersom innklagede skulle anskaffe premium-batteripakker og -elementer, ble prisen for Z antall tilleggs pakker med premium-utstyr lagt til klagers tilbudspris. Innklagede trakk imidlertid fra prisen for standardelementet. Dette medførte at klagers tilbudspris inkluderte Z antall standard- og Z antall premium-batteripakker, og Z antall premium-elementer – altså dobbelt antall batteripakker av det som var nødvendig.
- (83) Hvilke priser som skulle være inkludert i klagers totalpris for Z antall spesialutstyr inkludert premium-batteripakke og –element, var dermed uklart. Denne uklarheten er det som nevnt klager som har risikoen for. Den omstendighet at innklagede ikke trakk prisen for en standard batteripakke fra klagers tilbudspris, kan innklagede derfor ikke lastes for.
- (84) Klager har videre påpekt at feilen i pristilbudet uansett ble korrigert da klager senere ga et forbedret pristilbud. Dette tilbudet ble levert 12. januar 2019. Dette siste pristilbudet

fra klager, hvor pris for standard batteripakke var synliggjort, kom etter utløpet av tilbudsfristen, og etter at innklagede hadde tildelt kontrakten til valgte leverandør.

- (85) På dette tidspunktet hadde innklagede verken adgang eller plikt til å hensynta flere reviderte tilbud, eller endringer i de innkomne tilbudene.
- (86) Klagers anførsel om at det heftet feil ved prisevalueringen på dette punkt, kan etter dette ikke føre frem.

Evalueringsmetode for pris

- (87) Klager anfører videre at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å tillegge prisene for spesialutstyr med egenskap X og Y henholdsvis 25 % og 75 % vekt ved utregning av leverandørens tilbudspris, uten at vektingen var opplyst om på forhånd.
- (88) Ved vurderingen av tilbudene opp mot tildelingskriteriene har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om skjønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig, basert på feilaktig faktum eller i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, jf. eksempelvis Rt. 2007 side 1783 (NIDA), avsnitt 44 og klagenemndas avgjørelse i sak 2018/246, avsnitt 37. Dette beror i første rekke på om skjønnet er utøvd i tråd med det som en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder hadde grunn til å forvente, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2018/232, avsnitt 26.
- (89) Av prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4, følger det ingen plikt for oppdragsgiver til å gjøre evalueringsmetoden kjent for leverandørene i anskaffelsesdokumentene. For anskaffelser som følger anskaffelsesforskriften del III, fremgår dette av EU-domstolens avgjørelse i sak C-6/15 *Dimarso* avsnitt 27. I den saken viser EU-domstolen til at oppdragsgiver er gitt en viss frihet til å «strukturere sitt arbejde med at undersøge og analysere de afgivne tilbud». Denne friheten er blant annet ansett å være praktisk begrunnet, ved at fremgangsmåten ved evalueringen av tilbudene skal kunne tilpasses «i forhold til den konkrete sags omstændigheder», se avsnitt 30. Samtidig understreker EU-domstolen at denne fleksibiliteten som det klare utgangspunkt kun gjelder i perioden frem til tilbudsåpning, «for at undgå enhver risiko for favorisering», se avsnitt 31.
- (90) I vår sak har innklagede evaluert leverandørens priser to ganger. Etter opprinnelig tilbudsfrist ble det foretatt en foreløpig evaluering av tilbudenes kvalitet og pris. For å sikre sammenlignbare priser ble leverandørene bedt om å fylle ut et prisskjema, samtidig som det ble gitt mulighet for å levere et revidert og endelig pristilbud i konkurransen.
- (91) Ved den endelige evalueringen av leverandørens priser, tok innklagede utgangspunkt i prisskjemaene innsendt av leverandørene. I skjemaet skulle leverandørene angi pris for Z antall spesialutstyr med egenskap X, pris for Z antall spesialutstyr med egenskap Y, samt priser for frakt og forsikring, MVA, inspeksjonskontroll og vedlikehold/repasasjon. Leverandørens tilbudspris var en summering av de angitte prispostene, pluss et tillegg for premium-tilbehør, der prisen for spesialutstyr med egenskap X ble multiplisert med 25 % og prisen for spesialutstyr med egenskap Y ble multiplisert med 75 %.
- (92) Levering av spesialutstyret med egenskap Y var betegnet som et bør-krav som ga leverandørene uttelling på kvalitetskriteriet, i motsetning til levering av utstyret med egenskap X som var et skal-krav. Hvorvidt innklagede kom til å anskaffe spesialutstyret med egenskap X eller Y, var avhengig av at amerikanske myndigheter godkjente både

innklagede og valgte leverandør som sluttbruker av det aktuelle utstyret. Det bestemmende for hvilken utgave av spesialutstyret som innklagede kom til å kjøpe, var altså hvilke eksportlisenser leverandøren og innklagede kunne få på plass.

- (93) Klagenemnda forstår det slik at dette er årsaken til at innklagede ønsket å evaluere tilbudene på spesialutstyr med egenskap X og Y samlet, og identifisere en leverandør som kunne levere søknad på vegne av innklagede om kjøp av spesialutstyr med egenskap Y, alternativt med egenskap X. Innklagede måtte identifisere *den beste leverandøren totalt sett*.
- (94) Innklagede har forklart at metoden for utregning av leverandørenes tilbudspris ble fastsatt i tidsrommet mellom første evaluering og utløpet av den endelige tilbudsfristen. Årsaken til dette var en avklaring fra begge leverandørene om at levering av spesialutstyret med egenskap Y var realistisk, men at det ikke kunne garanteres, som kom ved mottak av det første tilbudet.
- (95) Klagenemnda er av den oppfatning at det avgjørende må være at innklagede – på det tidspunktet den innbyrdes vekten mellom de ulike prispostene ble fastsatt – ikke hadde kunnskap om leverandørenes *endelige* pristilbud. Nemnda kan derfor ikke se at fastsettelse av utregningsmetoden etter første tilbudsåpning innebar en klar risiko for favorisering av en av leverandørene. Fastsettelsen av utregningsmodellen etter åpning av første tilbud – men før åpning av endelige tilbud – utgjør ikke et brudd på kravet til likebehandling. Det er heller ikke et brudd på regelverket at leverandørene ikke var gjort kjent med utregningsmodellen på forhånd.
- (96) Klagers anførsel om at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å anvende den aktuelle utregningsmodellen uten å opplyse om det i anskaffelsesdokumentene, kan etter dette ikke føre frem.

Konklusjon:

Oslo Politidistrikt har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk