



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Krav til ytelsen/teknisk spesifikasjon. Annet.

Innklagede inviterte prekvalifiserte leverandører til en konkurranse med forhandling for anskaffelse av helikoptertjenester. Etter å ha avlyst konkurransen, inviterte innklagede på nytt de samme leverandørene til en ny konkurranse med det samme konkurransegrunnlaget. Klager anførte at innklagede hadde besvart spørsmålene til den avlyste konkurransen for sent, og at det var oppstilt et ulovlig minstekrav i konkurransegrunnlaget som lå til grunn for begge konkurransene. Klager oppfylte ikke det omtvistede minstekravet, og kunne derfor ikke delta i konkurransene. Klagenemnda kom til at klager ikke hadde saklig klageinteresse i å få avgjort anførselen som rettet seg mot den avlyste konkurransen. Klagers anførsel om at det var oppstilt et ulovlig minstekrav førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 1. desember 2021 i sak 2021/1409

Klager: Pegasus Helicopter AS

Innklaget: Lyse Elnett AS

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Kjersti Holum Karlstrøm og Marianne Dragsten

Bakgrunn:

- (1) Lyse Elnett AS (heretter *innklagede*) inviterte den 13. august 2021 leverandører som var prekvalifisert gjennom kvalifikasjonsordningen Achilles UNCE, til en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om helikoptertjenester. Anskaffelsens verdi var estimert til 11 millioner kroner ekskl. mva. Rammeavtalens varighet var angitt til å være fra avtaleinngåelse til og med 30. juni 2024, med opsjon på forlengelse for innklagede med to pluss ett år, totalt i underkant av seks år. Tilbudsfrist var 1. september 2021.
- (2) Under beskrivelsen av anskaffelsen var følgende angitt:

«Anskaffelsen gjelder rammeavtale vedrørende helikoptertjenester. Selskapet har i hovedsak behov for ulike typer helikoptertjenester i forbindelse med installasjon, drift, vedlikehold, overvåking og feilsøking av strømmettet i Selskapets forsyningsområde. Disse oppdragene stiller ulike krav til helikopter, utstyr og personell.

[...]

Arbeidsbeskrivelsen omfatter blant annet:

- *Helikoptertransport med ulike krav til løfteevne eller antall passasjerer*
- *Linjebefaring*

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

Det stilles ulike krav til responstider, avhengig av om det gjelder ordinære/planlagte oppdrag, eller utrykningsoppdrag.»

- (3) I anskaffelsens fremdriftsplan var det angitt at frist for å stille spørsmål til konkurransegrunnlaget var seks dager før tilbudsfristen. Videre var det presisert at spørsmål og anmodninger om avklaring fremsatt innen fristen ville bli besvart senest fire dager før tilbudsfristen.

- (4) I arbeidsbeskrivelsen var det opplyst følgende om helikoptertransport med ulike krav til løfteevne eller antall passasjerer:

«Selskapet har behov for transport av materiell og personell for å drifte/vedlikeholde egne installasjoner.

I enkelte tilfeller vil dette bare omfatte transport av materiell og i andre tilfeller bare personell.

Oppdragene vil stille ulike krav til maskinenes transportkapasitet og løfteevne. Enkelte oppdrag vil foregå over sjø, og vil av sikkerhetshensyn kreve helikopter med to motorer.

Leverandøren skal beherske «long line»-operasjoner slik som montering av stolper/master.»

- (5) Av arbeidsbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget fremgikk det følgende krav til maskinpark:

«For å være i stand til å utføre de ulike Tjenestene som Selskapet har behov for, skal Leverandøren i Tilbudet tilby minst én maskin i hver av følgende kategorier:

- Helikopter med praktisk/utnyttbar løfteevne ≥ 1000 kf (Løfteevne på 1000 kg er et minstekrav. Løfteevne utover dette vil evalueres jf. ITT punkt 6)*
- Helikopter med praktisk/utnyttbar løfteevne ≥ 1400 kg*
- Helikopter, 2-motors»*

- (6) Innklagede besvarte flere spørsmål fra leverandørene i forkant av tilbudsfristen, herunder et spørsmål om 2-motors helikopter var et absolutt krav. Til dette svarte innklagede:

«Viser til kravspesifikasjon i Vedlegg A punkt 2. Her fremkommer det at Leverandøren skal tilby minst én maskin i kategorien 'Helikopter, 2-motors'. Dette er dermed et absolutt krav.»

- (7) Den 26. august 2021 informerte innklagede leverandørene om at tilbudsfristen var utsatt til 8. september 2021. Frist for å stille spørsmål ble satt til åtte dager før dette, den 31. august 2021. Det ble også informert om at innklagede ville besvare samtlige spørsmål senest seks dager før tilbudsfristen, den 2. september 2021.

- (8) Av de fire leverandørene som var prekvalifisert og invitert til å delta i konkurransen, mottok innklagede tilbud fra to leverandører – Fonnafly Helifly AS og Airlift AS.

- (9) Pegasus Helicopter AS (heretter *klager*) var en av de prekvalifiserte tilbyderne som ikke leverte tilbud. Bakgrunnen for dette var blant annet at selskapet ikke kunne tilby 2-motorshelikopter. Klager brakte anskaffelsen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. september 2021, med påstand om at dette kravet var urimelig konkurransebegrensende.
- (10) Som følge av at et av de innkomne tilbudene ble avvist grunnet manglende dokumentasjon, avlyste innklagede konkurransen den 14. september 2021. De fire prekvalifiserte leverandørene ble igjen invitert til å inngi tilbud innen 24. september 2021. Innklagede opplyste samtidig at det samme konkurransegrunnlaget ville benyttes for den nye konkurransen.
- (11) Innklagede mottok igjen tilbud fra to av de fire prekvalifiserte leverandørene – Airlift AS og Fonnafly Helifly AS. De to øvrige prekvalifiserte leverandørene, herunder klager, leverte ikke tilbud.
- (12) Ved brev datert 13. oktober 2021 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Fonnafly Helifly AS (heretter *valgte leverandør*). Airlift AS' tilbud ble igjen avvist grunnet manglende tilbudsdokumentasjon.
- (13) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 1. november 2021.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. november 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å besvare spørsmål til den opprinnelige konkurransen for sent, slik at det ikke er mulig å stille oppfølgingsspørsmål.
- (16) Det absolutte kravet i kravspesifikasjonen om at leverandørene må kunne tilby 2-motors helikopter er urimelig. Oppdragene som er beskrevet i konkurransedokumentene er oppdrag klager og andre leverandører utfører gjennom hele året uten at det er stilt absolutt krav om tungløfter og 2-motors helikopter. Innklagede forsvarer kravet med flyvninger over sjø, noe klager gjør daglig uten 2-motors helikopter. I forkant av tilbudsfristen ble innklagede gjort oppmerksom på dette, og viste da til eksempler som reparasjon av flymarkører. Dette er oppdrag med svært høy risiko, som ikke er nevnt i den ordinære oppdragsbeskrivelsen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Klagers anførsel om for sent besvarte spørsmål gjelder en avlyst konkurranse. Klager har derfor ikke saklig klageinteresse for denne anførselen.
- (18) Videre bestrides det at regelverket er brutt gjennom det oppstilte minstekravet i kravspesifikasjonen til 2-motors helikopter. Det ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet å vurdere hvilke spesifikasjoner som skal benyttes. Kravet er nødvendig, og er saklig begrunnet. Ved å stille krav til 2-motors helikopter vil det oppnås ekstra sikkerhet som ikke kan oppnås med helikoptre med én motor ved motorsvikt. Dersom behovet ikke kan omfattes av rammeavtalen ville det medført økt administrasjon og redusert gjennomføringsevne, og det måtte gjennomføres separate anskaffelser ved hvert behov.

Oppdragene skal utføres i hele forsyningsområdet og vil kunne foregå over sjø eller fjord. Konkrete eksempler er montering og reparasjon av flymarkører.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtale for helikoptertjenester som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens anslåtte verdi var 11 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forskriften) av 12. august 2016 nr. 975 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

Saklig klageinteresse

- (20) Klagenemnda tar først stilling til om klager har saklig klageinteresse i å få vurdert sin anførsel om at innklagede besvarte spørsmålene til konkurransegrunnlaget for sent.
- (21) Anførselen retter seg mot en konkurranse som ble avlyst 14. september 2021. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at når en konkurranse er avlyst, vil en deltaker normalt bare ha et reelt behov for å få avgjort anførsler som gjelder lovligheten av avlysningsbeslutningen, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2020/525, avsnitt 30.
- (22) I og med at konkurransen det ble stilt spørsmål til, som klager mener er for sent besvart, er avlyst, vil en vurdering av anførselen ikke ha betydning for klager. Klager har derfor ikke saklig klageinteresse i å få avgjort denne anførselen.
- (23) Klagers anførsel avvises derfor på grunnlag av manglende saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 6, jf. § 9.

Krav til 2-motors helikopter

- (24) Slik klagenemnda forstår det, kunne ikke klager oppfylle minstekravet om 2-motors helikopter, og kunne dermed ikke levere tilbud i konkurransen. Klagen rettet seg i utgangspunktet mot konkurransen som ble avlyst. Innklagede inviterte imidlertid de samme prekvalifiserte leverandørene til en ny konkurranse, med det samme konkurransegrunnlaget. Klager anses derfor å ha saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforskriften § 6.
- (25) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig krav i kravspesifikasjonen.
- (26) Slik klagenemnda forstår klager, er innvendingen mot innklagedes krav om 2-motors helikopter at kravet er urimelig, og dermed begrenser konkurransen i strid med regelverket. Klager har i den forbindelse blant annet vist til at klager selv utfører oppdrag av den art som skal anskaffes, uten at tungløfter og 2-motors helikopter er absolutte krav.
- (27) Kravspesifikasjonen skal blant annet likebehandle leverandørene, være klart utformet og ikke skape ubegrunnede hindringer for konkurranse, jf. EU-domstolens sak C-368/10 *Max Havelaar*, premiss 62, og direktiv 2014/25/EU artikkel 60 nr. 2. Videre må kravene, for å være lovlige, ha «*tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi*», jf. forskriften § 11-1 (2). I dette ligger det blant annet at det ikke skal settes

krav til ytelsen som er strengere enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med anskaffelsen. Strengere krav enn nødvendig vil kunne føre til mindre konkurranse i strid med formålet om effektive anskaffelser i anskaffelsesloven § 1 og prinsippet om konkurranse i loven § 4.

- (28) Vurderingen av hvilke krav som er nødvendig å stille, beror på skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Kravet vil som hovedregel aksepteres så lenge det er saklig og objektivt begrunnet, og for øvrig ikke strider mot anskaffelsesloven § 4.
- (29) Klagenemnda finner det ikke tvilsomt at kravet om å kunne tilby 2-motors helikopter har «tilknytning til leveransen».
- (30) Når det gjelder spørsmålet om kravet er strengere enn nødvendig, har innklagede forklart at kravet er begrunnet i sikkerhetshensyn, fordi et 2-motors helikopter vil redusere risiko ved utførelsen av enkelte av oppdragene avtalen omfatter, slik som oppdrag over sjø i tilknytning til fjordspenn. Innklagede har videre forklart at selv om det estimerte timeantallet med 2-motors helikopter utgjør en svært liten del av den totale anskaffelsen, så vil en rammeavtale uten tilgang på 2-motors helikopter medføre økt administrasjon og redusert gjennomføringsevne, ved at disse arbeidene vil måtte anskaffes separat ved behov.
- (31) Innklagede har med dette redegjort for hvilke fordeler kravet gav, og hvilke behov kravet skulle ivareta i anskaffelsen. Klagenemnda finner at begrunnelsen, som hovedsakelig knytter seg til sikkerhet ved gjennomføringen av oppdragene, er saklig og objektiv. Kravet står derfor i forhold til anskaffelsens formål og verdi.
- (32) Klager har videre innvendt at kravet er konkurransebegrensende i strid med loven § 4.
- (33) Slik saken ligger an er det klart at kravet har begrenset konkurransen ved at i hvert fall én av de prekvalifiserte leverandørene ikke kunne tilby det innklagede etterspurte. Dette i seg selv er imidlertid ikke tilstrekkelig til å konstatere at kravet er ulovlig konkurransebegrensende, da det til enhver tid vil foreligge naturlige konkurransefordeler hos forskjellige leverandører i markedet.
- (34) Klager har for å underbygge anførselen vist til at en konkurranse uten et slikt krav normalt ville tiltrukket seg fem til seks tilbydere. Det er også innvendt at det reelt sett ikke har vært konkurranse, siden innklagede kun fikk inn ett gyldig tilbud.
- (35) Klagenemnda kan ikke se at de forholdene klager har vist til gir indikasjoner på at kravet om 2-motors helikopter har begrenset konkurransen i strid med regelverket. I både den avlyste og den gjennomførte konkurransen var det fire leverandører som var prekvalifisert til å delta gjennom kvalifikasjonsordningen Achilles UNCE, jf. forskriften § 13-3. Det var derfor ikke mulig for innklagede å motta tilbud fra fem til seks leverandører i konkurransen.
- (36) Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det heller ikke gitt opplysninger om at den siste prekvalifiserte leverandøren som ikke leverte tilbud, lot være å delta som følge av minstekravet. I både den avlyste og den gjennomførte konkurransen ble ett av de to tilbudene avvist på grunn av manglende tilbuds dokumentasjon. Det er derfor heller ikke godtgjort overfor nemnda at innklagede kun sto igjen med ett tilbud som følge av minstekravet. I lys av dette, samt at kravet anses saklig og forsvarlig i lys av formålet

med anskaffelsen, kan nemnda ikke se at kravet har vært verken unødvendig eller konkurransebegrensende.

(37) Klagers anførsel har etter dette ikke ført frem.

Konklusjon:

Lyse Elnett AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk