



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda kom til at saken var uhensiktsmessig for behandling i nemnda, og avviste den fra nemndsbehandling, jfr forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Klagenemndas avgjørelse 14. mars 2005 i sak 2005/21

Klager: Vestnorsk Engineering AS

Innklaget: Avinor

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Bjørg Ven

Saken gjelder: Hensiktsmessighet for behandling i nemnda.

Sakens bakgrunn:

- (1) Avinor (heretter kalt Avinor eller innklagede) kunngjorde den 22. desember 2003 en konkurranse med forhandling innen forsyningssektoren for kjøp av flybrannsimulatorer.
- (2) I kunngjøringen sto det blant annet dette under overskriften ”kvalifikasjonskrav”:

”(...) Det stilles krav til erfaring som leverandør av forespurte varer”
- (3) Fem leverandører, herunder Vestnorsk Engineering AS (heretter kalt Vestnorsk eller klager) ble prekvalifisert og mottok konkurransegrunnlaget den 12. februar 2004.
- (4) I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at tildelingen ville skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på følgende kriterier:

”Avinor will choose supplier based on the for Avinor most favourable economic tender based on the following criteria’s (without reciprocal rank):

☐ Quality

☐ Price

- ☐ *Functionality*
- ☐ *Service*
- ☐ *Time of delivery*
- ☐ *Ability to deliver*
- ☐ *Life cycles cost (LCC)*
- ☐ *Quality assurance"*
- ☐

- (5) Konkurransegrunnlaget inneholdt 6 vedlegg, herunder et kalt ”*Specification*” (heretter kalt kravspesifikasjonen). Kravsspesifikasjon var inndelt i delene ”*Part A: General, expected use*”, ”*Part B: Basic requirements*” og ”*Part C: Training and service, guarantee and spare parts*”. Punkt A1 og A3 lød slik:

”A.1.

This Specification contains the minimum requirements set by Avinor for aircraft fire training simulators to be used at Norwegian airports ARFF cat 6-7. The simulators shall be constructed for the use of Jet A1/AVTUR fuel, to simulate different types of aircraft fire scenarios. The different fire scenarios shall be controlled by a suitable remote control panel. The simulator will be used on an all year basis.

In addition the Tenderer shall specify solutions concerning a LPG gas feeding mechanism, i.e. manner of operations by liquid LPG gas to all relevant fire scenarios. Different scenarios shall be priced separately, in Appendix 2.

<i>Award criteria</i>	<i>Compliant FC/PC/NC</i>			
<i>Full compliance with Avinor’s specification</i>				

(...)

A.3.

The simulators offered shall have been manufactured in a certain number beyond prototype and a reference list shall be presented. The expected life span, operated and maintained according to the manufacturer guidelines, shall be minimum 20 years.

Award criteria	Compliant			
Fulfilment of this paragraph				

“

- (6) Leverandørene skulle krysse ut for tre alternativer, ”fully compliant, partly compliant eller non compliant” (FC/PC/NC).

- (7) Kravspesifikasjonens punkt B.2. lød slik:

"A remote controlled ignition device for all fire scenarios shall be installed. Independent remote re ignition of all scenatios during training sessions, shall be possible.

<i>Award criteria</i>	<i>Compliant</i>			
Fulfilment of this paragraph				

- (8) Fire leverandører leverte inn tilbud innen fristen, herunder klager og Kidde Fire Trainers Ltd (heretter kalt Kidde), Minerva Simulator Facilities Ltd (heretter kalt Minerva) og Simulation TERS (heretter kalt TERS). Klager og Kidde ble innkalt til forhandlinger. Innklagede fant at Minervas tilbud hadde klare mangler og at TERS tilbud ikke hadde reell mulighet til å få tildelt kontrakten.

- (9) Etter forhandlingsmøter med klager og Kidde, skrev innklagede i brev datert 14. september 2004 at de ville inngå kontrakt med klager. Beslutningen ble pålagt av Kidde og Minerva, som begge viste til kravspesifikasjonens punkt A3 og påpekte at klager ikke kunne ha oppfylt dette. Innklagede vurderte det slik at kravet i A3 var et minimumskrav som det ikke var anledning til å frafalle, slik at klagers tilbud måtte avvises. Kiddes tilbud ble avvist, på bakgrunn av at det ikke oppfylte kravet om fjernkontroll i kravspesifikasjonens punkt B2. Også Minervas tilbud ble avvist.

- (10) I brev til klager datert 10. november 2004 skrev innklagede blant annet dette:

"1. Avinor hereby inform you that we have received two complaints regarding our decesion to award the contract to your company. Both companies are referring to the Specification Section A3 under the Heading General.

"The simulators offered shall have been manufactured in a certain number beyond prototype and a reference list shall be presented. The expected life span, operated and maintained according to the manufacturer guidelines, shall be minimum 20 years".

Avinor concur with the received complaints and will therefore inform you that your tender does not comply with requirements put down in the call for competition and will thus be rejected.

2. Based on the examination of the procedure of call for competition on aircraft fire training simulators, Avinor found that three out of four tenders are to be rejected. The fourth were substantially more expensive than the two best tenders, Avinor concludes that the tender procedure did not result in a real competition, and based on these facts Avinor required to conclude the procedure by awarding the contract.

As a result thereof we hereby terminate the procedure for this call for competition without an award of contract. We will work out a new invitation to tender and a revised set of specifications. (...)”

- (11) Innklagede kunngjorde den 18. november 2004 en ny konkurranse med forhandling innen forsyningssektoren for kjøp av flybrannsimulatorer.

- (12) I e-post 8. desember 2004 til klager datert, skrev innklagede dette:

”With reference to the advertisement no 2004/S 227-196078 – Purchase of Aircraft Fire Training Simulators we have to inform you that the prequalification process are be set on hold.

The reason for setting the prequalification process on hold is that the new tender process is caused by a cancelled competition. We have received a complaint regarding this cancellation. If the complain are taken into account the advertisement 2004/S 227-196078 will be withdrawn and the competition cancelled.

We will inform you when we have concluded regarding the complaint.”

- (13) I brev datert 20. desember til Avinor påklaget Vestnorsk Avinors behandling av anskaffelsen.

- (14) I brev datert 6. januar 2005 fra Avinor til klager, fremgår blant annet dette:

”Avinor fastholder beslutning om å terminere tildeling av anbudet på levering av flybrannsimulatorer til VNE samt beslutning om å avlyse ny tilbudskonkurranse. Avinor vil innkalle Kidde til forhandlinger i nærmeste fremtid.”

- (15) Kontraktsinngåelse med Kidde er utsatt til klagen er ferdigbehandlet av KOFA.

Klager har i det vesentlige anført:

Klagers tilbud skulle ikke vært avvist

- (16) Det er uriktig at klager ikke oppfyller spesifikasjonenes punkt A3. Det er unaturlig å forstå A3 slik at det er en forutsetning for å få tildelt kontrakten at

selskapet tidligere må ha utviklet en simulator med en tilsvarende form. Uttrykket ”*prototype*” i A3 må tolkes ut fra det formål den er ment å ivareta, og kan ikke leses så snevert at den ikke åpner for nye tekniske løsninger.

- (17) På direkte spørsmål fra klager, bekreftet innklagede overfor klager at det ikke var et absolutt krav at selskapene som leverte tilbud hadde produsert brannsimulatorer tidligere. Klager ble prekvalifisert til tross for at de hadde gjort innklagede uttrykkelig oppmerksom på at selskapet ikke hadde utviklet en brannsimulator tidligere. Det gir da ingen mening at innklagede i konkurransegrunnlaget utarbeider et absolutt krav om at leverandørene tidligere må ha utviklet brannsimulatorer.
- (18) Under enhver omstendighet, selv om kravene i A3 ikke skulle være oppfylt, utgjør ikke dette et grunnlag for å avvise tilbudet. Det fremgår ikke for noen av underpunktene at en avkryssing for ”*non compliant*” ville medføre at man ikke ville kunne få tildelt kontakten. På bakgrunn av de telefonsamtaler som hadde vært mellom klager og innklagede, var innklagede fullt ut informert om hvilken erfaring klager hadde innenfor dette, og klager overlot til innklagede å fylle ut dette punktet.
- (19) Tidligere erfaring med utvikling av brannsimulator var heller ikke et tildelingskriterium. Det er i beste fall meget uklart hva som er minstekrav og hva som er tildelingskriterier. Dersom et forhold er ment å være minstekrav, er det vanlig å operere med krav som enten er oppfylt eller ikke oppfylt. Kravspesifikasjonen opererer imidlertid på punkt A3 med bedømmelsesgradene ”*fully compliant*”, ”*partly compliant*” og ”*non compliant*”. Det ble ikke sagt at avkryssing av ”*non compliant*” i seg selv ville være diskvalifiserende. Manglende erfaring med utvikling av brannsimulator kan ikke være grunnlag for ikke å tildele oppdraget til klager.
- (20) Det er unaturlig å lese A1 som en innledning til hele Part A. Passussen om ”*minimum requirements*” er således ikke generell.
- (21) Det er videre unaturlig, konkurransedempende og monopoldannende å benytte A3 som minstekrav hensett til det produkt som skal utvikles. De tekniske utfordringene ved oppdraget er uansett forhold som ingen av leverandørene har erfaring med.
- (22) Innklagede var ikke pliktig til å avvise klagers tilbud. Innklagede har adgang til å innlede forhandlinger med den kontraktspart de mener vil være best.

Subsidiært: Det var galt å ikke foreta ny utlysning

- (23) Subsidiært, dersom klagenemnda skulle komme til at innklagede pliktet å avvise klagers tilbud, er spørsmålet om innklagede hadde adgang til å avlyse konkurranse nr 2.
- (24) Spørsmålet blir da ikke om innklagede hadde adgang til å innlede forhandlinger med Kidde, men om de pliktet å innlede slike innledende forhandlinger.
- (25) Det må det være på det rene at A1 i hvert fall må anses som et minstekrav. Det fremgår av brev datert 10. november 2004 fra innklagede at tre av de fire øvrige

leverandørene ikke har oppfylt vilkårene på dette punktet. Klager tar imidlertid til etterretning at innklagede nå mener at Kiddes tilbud oppfylte kravene i A1.

- (26) Bakgrunnen for at innklagede opprinnelig utlyste ny konkurranse, var at den første konkurransen ikke førte til reell konkurranse. Det fremstår da som underlig at innklagede nå hevder at det foreligger reell konkurranse, enda det ikke er tvil om at det eneste tilbudet som står igjen er tilbudet fra Kidde. Det vil være meget uheldig i de eventuelle forhandlingene med Kidde ikke å ha noe egentlig alternativ å falle tilbake på. Kidde er ikke lenger bundet av sitt opprinnelige tilbud, da dette kun var gyldig 24 uker fra tilbudsfristens utløp. Det er grunn til å tro at Kidde vil kunne gjøre gjeldende en prisstigning i forhandlingene. Det er meget uheldig at innklagede ikke lyser ut en ny konkurranse.
- (27) Punkt A3 har fått en utilsiktet utforming, og dette har ført til at innklagede mener at klagers tilbud må avvises. I tillegg er A1 så uklart formulert at Kiddes tilbud må aksepteres til tross for at A1 egentlig var ment som et minstekrav. Når kravspesifikasjonen har fått en formulering som er så langt fra det som har vært intensjonen, kan det ikke foreligge en plikt til å avlyse konkurranse nr 2.
- (28) Det fremstår som sterkt urimelig for klager at det virker som det er frykten for et søksmål fra Kidde som har ført til at innklagede både har gått bort fra beslutningen om tildeling av kontrakt til klager, og beslutningen om å utlyse ny anbudsrunde.

Erstatning

- (29) Dersom klagenemnda gir innklagede medhold i at de pliktet å avvise klagers tilbud, samt at innklagede var pliktig til å avlyse konkurranse nr 2 og innlede forhandlinger med Kidde, bes nemnda uttale seg om det er grunnlag for å kreve erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (30) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Avvisning av klager

- (31) Klagers tilbud ble rettmessig avvist. Kravspesifikasjonens punkt A3 kan ikke forstås som noe annet enn minstekrav til ytelsen. Dette fremgår klart av ordlyden i A3, samt av innledningen til kravspesifikasjonen jf punkt A1 som er en generell referanse til ”*minimum requirements*”, som derfor gjelder hele spesifikasjonen, med mindre annet fremgår.
- (32) Klager har blandet hva som er tildelingskriterienes og minstekravenes funksjon.

- (33) Ordet ”*prototype*” i punkt A3 må forstås som et krav om at løsningen i det vesentlige skal være satt i produksjon.
- (34) Poenget med å stille krav om at simulatorene allerede har blitt produsert ”*beyond prototype*” er ikke å sikre at leverandøren har tilstrekkelig kompetanse og kapasitet, men å ha trygghet for at de tilbudte løsningene er utprøvd i praksis og fungerer.
- (35) Klager oppfylte ikke kravet til tidligere leveranser / referanseliste, og ble derfor rettmessig avvist.

Adgang til å forhandle med Kidde

- (36) Innklagede fastholder at tilbudet fra Kidde ble avvist på feilaktig faktisk grunnlag. Kidde har selv ansett at de tilfredsstilte kravet i kravsspesifikasjonens punkt B2. Innklagede har erkjent at kravet til fjernkontroll kunne vært klarere spesifisert, og kom ved en fornyet vurdering til at avvisningen av Kidde var fattet på feil grunnlag.
- (37) Når avvisningen av Kidde ikke kunne opprettholdes, skulle heller ikke avlysningen ha skjedd. Å avlyse konkurransen på grunn av avvisningen av ett bestemt tilbud, vil i realiteten være å legge til rette for favorisering av denne leverandøren. Selv om det ikke følger eksplisitt av forsyningsforskriften, må regelen innen forsyningssektoren også være at det kreves saklig grunn for avlysning av en konkurranse. Innklagede avlyste konkurransen fordi det bare sto ett uantakelig tilbud tilbake etter at de øvrige var avvist, og at konkurransen derfor ikke førte til reell konkurranse. At bare ett tilbud står igjen er saklig avlysningsgrunn, jf EF domstolens dom i sak C-27/98 Metallmeccanica. Dette var imidlertid ikke lenger tilfelle når det etterpå viste seg at to av tilbudene ikke skulle avvises.
- (38) Konsekvensen av at beslutningen om å avlyse ble tatt på feil grunnlag, må være at avlysningsbeslutningen omgjøres.
- (39) At oppdragsgivers behov for ytelsen faller bort, er saklig grunn til avlysning. Ettersom innklagede har kommet i en situasjon der tidligere avlysningsbeslutning må omgjøres, og konkurranse nr 1 kan fullføres, har innklagede således saklig grunn til å avlyse konkurranse nr 2.

Gyldigheten av Kiddes tilbud

- (40) Kiddes vedståelsesfrist utløp opprinnelig 13. juni 2004. Ved brev datert 7. juni ble Kidde innkalt til møte som skulle finne sted den 17. juni. Kidde bekreftet sin deltakelse ved e-post av 11. juni. Møtet ble avholdt som forutsatt den 17. juni. Kidde kommenterte det tilsendte møtereferatet i e-post av 3. juli 2004. I brev av 23. august ble Kidde innkalt til nytt møte. Kidde aksepterte innkallelsen ved e-post av 26. august, og møtet ble avholdt den 31. august. Kidde mottok et møtereferat, som de kommenterte i brev av 6. september 2004. I brevet ble det bekreftet at: ”*We are pleased to confirm that despite the rising costs in steel prices and the increase in transportation costs for 2005 indentified now that the final locations have been determined, Kidde Fire Trainers will hold the validity of our offer to the end of 2004*”. Kidde ble, i likhet med de øvrige leverandørene, informert om avlysningen av konkurranse nr 2 i e-post av 8. desember 2004. I brev til Kidde av samme dato, skrev

innklagede ”*Vi vil herved informere Dem om at avlysning av påbegynt tilbudskonkurransen trekkes tilbake og Avinor vil ta opp igjen kontraktsforhandlinger vedrørende kjøp av flybrannsimulator. Ny prekvalifisering er stoppet*”. Den 14. januar 2005 innkalte innklagede Kidde til forhandlingsmøte.

- (41) Hvorvidt et tilbud fortsatt er gyldig, må avgjøres på rent avtalerettslig grunnlag. Spørsmålet er om leverandøren ved dispositivt utsagn eller ved konkludent adferd, på eget initiativ eller etter oppdragsgivers oppfordring, har forlenget tilbudets gyldighet.
- (42) Kiddes tilbud har vært kontinuerlig gyldig som et resultat av Kiddes revisjoner av tilbudet og dokumenterte vilje til å forplikte seg til forsatte forhandlinger. Tilbudets gyldighet dokumenteres ved korrespondanse mellom partene og skriftelige nedtegnelser av den kontakt som har vært mellom dem. Saken skiller seg således fra KOFA's avgjørelse i sak 2004/48, hvor nemnda under henvisning til prinsippet om etterprøvbarhet ikke godtok en muntlig fristforlengelse.

Gyldigheten av de øvrige tilbudene

- (43) I kravspesifikasjonen var det forutsatt at tilbudene skulle være gyldige til 30. august, med mindre annet ble eksplisitt sagt i tilbudet.
- (44) Tilbudet til Minerva Simulator Facilities Ltd. var ansett som så mangelfullt at det ikke kunne legges til grunn for videre forhandlinger. At tilbudets gyldighet ikke ble forlenget, er derfor irrelevant og uten betydning for anskaffelsens videre gjennomføring.
- (45) Klagers tilbud var gyldig frem til 30. august. På vedståelsesfristens siste dag ble det avholdt forhandlingsmøte mellom klager og innklagede. Innklagede hadde innkalt til dette møte ved brev av 23. august. Av møtereferat av 30. august fremgår at det var en klar forutsetning mellom partene at klager skulle komme tilbake med revisjon av sitt tilbud, noe som også skjedde ved klagers brev av 6. september. Når klager ved forlengelsen av tilbudets gyldighet ikke eksplisitt fastsatte noen ny tilbudsfrist, følger det av avtalelovens § 3 at tilbudet må anses gyldig så lenge mottakeren får ”*rimelig betenkningstid*”. Innklagede fulgte umiddelbart opp med oversendelse av møtereferat, og klager responderte 6. september. Det kan derfor ikke være tvil om at klagers tilbud var gyldig på tidspunkt for innstilling til kontraktstildeling den 14. september 2004. Hvor lenge etter dette klagers tilbud skulle anses å være gyldig, er uten betydning for saken fordi tilbudet senere ble avvist.
- (46) Tilbudet fra Simulation TERS ble ikke ansett å ha reell mulighet til å bli tildelt kontrakt, og var den 26. august 2004 ikke lenger gjenstand for vurdering i konkurransen. Innklagede har således ikke tatt stilling til hvor lenge etter beslutningen om ikke å innstille TERS til kontraktsforhandling tilbudet måtte anses gyldig.
- (47) Da innklagede i desember ble klar over at Kiddes tilbud var avvist på feil grunnlag, anså man følgelig at det fortsatt gjensto to tilbud, nemlig tilbudene fra TERS og Kidde. I en slik situasjon kunne konkurransen ikke ha vært avlyst på det grunnlag at det bare var ett tilbud tilbake. Innklagede anså seg forpliktet til å ta et skritt tilbake for å rette den feil som var begått. Hvis innklagede hadde lagt riktig

faktum til grunn, dvs at bare Kiddes tilbud var gyldig, kunne innklagede ha opprettholdt sin tidligere avlysning. Av EF-domstolens sak C-27/98 Metallmeccanica følger det at man ikke er forpliktet til å avlyse konkurransen hvis det kun gjenstår et gyldig tilbud. Innklagede kunne velge å omgjøre avlysningsbeslutningen og gjenoppta forhandlingene med den tilbyderer som hadde det eneste gyldige tilbudet som kunne gi grunnlag for videre forhandlinger.

Erstatning

- (48) Det bestrides at klager har krav på erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (49) Innklagede synes i denne saken å ha opptrådt uryddig i forbindelse med sin behandling av spesifikasjonskravene i anbudsgrunnlaget og ved sine omgjøringer av beslutninger underveis i prosessen. Innklagede har i saksforberedelsen ikke gitt noen nærmere kommentarer til klagers anførsel om at selskapet ble oppfordret til å delta i konkurransen på tross av uttrykkelige opplysninger til innklagede om at Vestnorsk ikke tidligere hadde produsert flybrannsimulatorer. Det eneste innklagede sier om dette, er at det hendelsesforløp som beskrives av klageren ”*slett ikke er uomtvistet*”. Noen nærmere redegjørelse for hvorfor innklagede endret sine vurderinger i forbindelse med at de i første omgang tildelte kontrakten til Vestnorsk, for senere å avvise selskapets tilbud, gis heller ikke.
- (50) Det synes klart at vedståelsesfristen for tilbudet fra Simulation TERS var utløpt, både da avlysningen av konkurranse nr. 1 skjedde, og da det senere igjen ble aktuelt å fortsette saksbehandlingen i konkurranse nr. 1. Med eventuelt bare ett tilbud igjen kunne avlysning av konkurranse nr. 1 funnet sted. Det kan da spørres om det vil være saklig grunn til å avlyse konkurranse nr. 2. Saken reiser også et spørsmål om vedståelsesfristen for tilbudet fra Kidde, og hvorvidt Kiddes tilbud fremdeles er gyldig og kan antas.
- (51) Etter forskriften som gjelder for klagenemndas saksbehandling skal nemnda behandle klager som gjelder unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Den foreliggende klage, slik den er utformet fra klagers side, reiser som det fremgår av saksgjennomgåelsen foran, bevisspørsmål knyttet til anskaffelsesprosessen og alminnelige avtalerettslige spørsmål ved anskaffelsen. Dette medfører at klagenemnda har kommet til at saken er uhensiktsmessig for behandling i nemnda. Saken blir derfor å avvise fra nemndsbehandling, jfr forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Konklusjon:

Saken avvises fra nemndsbehandling.

For klagenemnda, Oslo 14. mars 2005

Per Christiansen