



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse om anskaffelse av helikoptertjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved at det ikke var gitt begrunnelse for valg av leverandør. Videre hadde innklagede brutt regelverket ved at innklagedes behov ikke kom klart til uttrykk i konkurransegrunnlaget. Det var også begått feil under evalueringen av tilbudene. At innklagede ikke ville gi klager innsyn i anskaffelsesprotokollen medførte ikke brudd på regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 23. januar 2006 i sak 2005/44

Klager: HelikopterDrift AS

Innklaget: Kystverket Nordland

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Bjørg Ven, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder: Manglende begrunnelse. Innsyn i anskaffelsesprotokoll. Forutberegnelighet i konkurransegrunnlag. Evaluering av tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Kystverket Nordland (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. oktober 2004 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av helikoptertjenester. Kontraktens gjenstand var i følge kunngjøringen "*bruk av helikopter ved tilsyn og vedlikehold på fyrinstallasjoner*".
- (2) Konkurransegrunnlaget var delt inn i ulike deler. Betegnelsen på del III, IV og V var henholdsvis "*Administrative krav*", "*Tekniske / Operasjonelle krav*" og "*Økonomisk del*". Under hver av disse delene hadde innklagede oppstilt enkelte krav.
- (3) I konkurransegrunnlagets del IV "*Tekniske / Operasjonelle krav*" ble det stilt følgende krav til helikopter og pilot:

"Helikoptertypen skal være godkjent av norske luftfartsmyndigheter.

Helikopteret skal minst ha følgende utrustning:

- *Nødflottører og redningsflåte.*
- *Løfteevne minst 900 kg og inntil 1400 kg*
- *Minimum 3 passasjerplasser*
- *Plass til verktøy, utrustning og bagasje inntil ca. 200 kg*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Krav til pilot:

- *Erfaring fra tilsvarende operasjoner (værutsatte stasjoner med dårlige landingsforhold)*
- *Minimum 1000 flytimer opparbeidet i landsdelen."*

- (4) Om "Kriterier for evaluering og valg av leverandør" het det i konkurransegrunnlagets del II "Bestemmelser / Instruks (for anbyder)", art. 2:

"1.1 Evaluering

De innkomne anbud vil bli evaluert med hensyn på å finne det totalt sett beste tilbud for KYSTVERKET ut fra de krav som settes i dette anbudsgrunnlaget. I denne perioden kan KYSTVERKET ha behov for direkte kontakt med den enkelte anbyder for å klargjøre grunnlaget for evalueringen. Kontaktperson for slik kontakt skal oppgis i tilbudet.

2.2 Det totalt sett mest fordelaktige anbud

Den anbyder som leverer det totalt sett mest fordelaktige anbud, når alle forhold er tatt med i betraktning, vil bli valgt som leverandør.

[...]

2.3 Evalueringskriterier

KYSTVERKETS evaluering vil være basert på følgende.

- 1. Tekniske krav*
- 2. Operasjonelle krav*
- 3. Administrative krav*
- 4. Økonomisk del"*

- (5) Som en del av kontraktsbetingelsene var det angitt at "I tidsrommet [...] må leverandøren garantere en fremmøtetid på maksimum 2 dager. [...] Leverandøren må ha, eller kunne skaffe backupmaskin, slik at kravet til frammøtetid kan oppfylles."
- (6) Mens konkurransen pågikk ble innklagede gjort kjent med at Kystdirektøren den 20. september 2004 besluttet at ordningen "Bestiller – utførerrolle" mellom Kystverkets distrikter og Kystverkets rederi skulle innføres fra 1. januar 2005. Denne ordningen innebar blant annet at vedlikeholdsarbeid som omfattet bruk av helikopter med løfteevne over 900 kg ville bli utført av Kystverket rederi i Ålesund. Disse opplysningene ble ikke gjort kjent for anbyderne.
- (7) Anbudsfrist var satt til 29. november 2004. Ved fristens utløp var det kommet inn to tilbud, ett fra HelikopterDrift AS (heretter kalt klager) og ett fra Heli-Team AS (heretter kalt Heli-Team). Klager innga tilbud på ett helikopter, med en standardpris uavhengig av vekt. Heli-Team tilbød to forskjellige helikoptre med prisdifferensiering i forhold til vekt.
- (8) Anbudsnemnda hadde møte 7. desember 2004. I møtet ble det besluttet at Heli-Team skulle velges som leverandør av helikoptertjenester. Klager fikk 5. januar 2005 opplyst per telefon at Heli-Team var valgt som leverandør. Brev med informasjon

om hvilken leverandør som var valgt, ble først sendt klager den 11. januar 2005. I meddelelsen het det kun: *"De underrettes herved om at anbudsnemnda i Kystverket Nordland har valgt Heli-Team som hovedleverandør av helikoptertjenester."*

- (9) Klager hadde 6. januar 2005, forut for mottakelse av meddelelsesbrevet, sendt en skriftlig klage til innklagede. Klagen ble besvart av innklagede 13. januar 2005. I brevet het det:

"Kriteriene for valg av leverandører er gjort ut fra krav satt i anbudsgrunnlaget. Som nevnt i anbudsgrunnlaget Del II, art 2.2 vil "Den anbyder som leverer det totalt sett mest fordelaktige anbud, når alle forhold er tatt i betraktning" bli valgt som leverandør. Pris er altså bare ett kriterium av flere som er vurdert."

- (10) Da innklagede ikke hørte noe mer fra klager i løpet av drøye to uker, ble kontrakt oversendt Heli-Team den 1. februar 2005.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (12) Meddelelsen om hvilken leverandør som ble valgt, inneholdt ingen begrunnelse for valget eller orientering om mulighet for å påklage avgjørelsen. Det ble heller ikke opplyst om kontrakt var inngått eller ikke. Dette er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (1) og (2). Det vises også til § 3-8 (3) og (4) om oppdragsgivers opplysningsplikt.
- (13) Innklagede har i strid med regelverket nektet klager innsyn i anskaffelsesprotokollen. Klager kan ikke se at dette skal være unntatt offentligheten, i og med at tilbyderne var invitert til å være tilstede på tilbudsåpningen. Klager har også gjentatte ganger bedt om svar på hvem som fikk kontrakten, uten å få det.
- (14) På grunn av ordlyden i konkurransegrunnlaget har klager oppfattet at det var stilt krav om ett helikopter som skulle brukes til å løfte mellom 900 og 1400 kg. Hvis ikke vil krav om inntil 1400 kg være meningsløst. Klager har også oppfattet det slik at det ble spurt etter ett helikopter, og at dette ene helikopteret skulle ha den angitte løfteevne. Klager har således svart helt korrekt med en pris på ett helikopter som innehar disse egenskapene. Konkurrerende selskap har gitt tilbud på to forskjellige helikopter som innehar disse egenskapene. I ettertid opplyste innklagede at det nesten ikke var bruk for et helikopter som løfter inntil 1400 kg. Helikopter med løfteevne på 1400 kg ville det kun være bruk for i ca 5 timer, i motsetning til helikopter med løfteevne inntil 900 kg som det ville være bruk for i ca 80 timer. Dette er en endring av konkurransegrunnlaget som innklagede burde ha opplyst om, da det er et stort og viktig poeng i anbudsvilkårene. Hadde klager visst at innklagede hadde mest bruk for et helikopter som løftet inntil 900 kg, ville klager gitt pris ut fra dette og vurdert hvilke helikopter som skulle plasseres på firmaets base. Klager disponerer til sammen 11 helikoptre, og ville kunnet velge blant disse til å utføre leveransen.
- (15) I innklagedes evaluering kommenteres punktet om krav til pilot. Her opplyser innklagede at klager har en (1) pilot som nettopp har passert minstekravet. Klager

kan ikke skjønne at innklagede kan ha informasjon om hvor mange timer de enkelte piloter hos klager innehar og hvilke piloter som skulle brukes i denne sammenheng. For øvrig kan det nevnes at klagers piloter har høyere gjennomsnittlig timeantall enn pilotene Heli-Team har tilbudt.

- (16) I tillegg har innklagede i evalueringen bemerket at Heli-Team har utrykningstid på 1 time. Utrykningstid er ikke undersøkt hos klager. Dersom det hadde blitt gjort, ville det fremkommet at klager har det samme. Hadde dette vært et krav, hadde klager hatt muligheten til å svare på det. I anbudspapirene er det kun stilt krav om at leverandørene skal kunne stille på 2 dagers varsel.
- (17) Videre har innklagede ikke kalkulert konkurrentens kostnader til landingstillatelser, kost, losji og natt- og helgetillegg i sammenligningsgrunnlaget. I klagers tilbud var dette inkludert i prisen.
- (18) Til slutt er det lagt vekt på Heli-Teams lange erfaring. Heli-Team har operert siden 1988, mens klagers firma ble startet i 1993, noe som ikke er en vesentlig forskjell. Det er heller ikke tatt hensyn til at klager er et selskap med omfattende erfaring fra forskjellige typer oppdrag, samt at klager har en omfattende helikopterpark og mange piloter med lang og bred erfaring.

Innklagedes anførsler:

- (19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (20) Innklagede erkjenner at svarbrevet av 11. januar 2005 ikke inneholder begrunnelse for valg av leverandør og at det mangler opplysninger om klageadgang. Selv om dette er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (3) og § 17-3 (1) og (2), har det ikke hatt betydning for valg av leverandør. Innklagede kan heller ikke se at klagers reelle klagemulighet er påvirket, da det faktisk er framsatt klage i brev av 6. januar 2005. Denne er behandlet som en klage, og svar er gitt i brev av 13. januar 2005.
- (21) Innklagede kan unnta anbudsprotokollen fra offentligheten. Dette begrunnes med at leverandørenes prisformat må betraktes som forretningshemmeligheter, og av den grunn unntas offentligheten. De deler av notatet som ikke omhandler priser, må anses som offentlige, da dette berører tema som sannsynligvis er kjent i bransjen (beredskap etc). Innklagede kan ikke se at invitasjon om å være tilstede på tilbudsåpning, og eventuell tilstedeværelse på denne har betydning for spørsmålet om dokumentinnsyn. Vedrørende spørsmålet om hvem som ble tildelt kontrakten, er disse opplysningene gitt i innklagedes brev til klager av 11. januar 2005.
- (22) Den 20. september 2004 besluttet Kystdirektøren at ordningen "*Bestiller-utfører*" skulle innføres mellom distriktene og Kystverket Rederi fra 1. januar 2005. Innklagede ble gjort oppmerksom på dette mens konkurransen pågikk. Ordningen "*Bestiller-utfører*" går ut på at alt vedlikeholdsarbeid som innebærer bruk av helikopter med løfteevne over 900 kg vil bli utført av Kystverket Rederi i Ålesund. Dette har medført at innklagedes behov for helikopter som løfter mer enn 900 kg, er sterkt redusert. Innklagede anser imidlertid ikke at dette er i strid med kravene til helikoptertype i konkurransegrunnlaget. Her er det i Del IV art 1 sagt at helikopteret skal ha løfteevne minst 900 kg. Dette er oppfylt for den helikoptertypen som den

valgte leverandør har tilbudt. Innklagede kan derfor ikke se at kravspesifikasjonen satt i konkurransegrunnlaget skulle være endret i ettertid.

- (23) Heli-Team har tilbudt to forskjellige helikoptre, med prisdifferensiering i forhold til vekt. Klager har tilbudt ett helikopter, med en standardpris, uavhengig av vekt. Ut fra innklagedes antatte bruksmønster, vil man i hovedsak benytte helikopter til transport under 900 kg, og tilbudet med differensiert prising vil derfor være mest fordelaktig. Så lenge begge maskinene som tilbys av Heli-Team kan løfte i henhold til minimumskravet på 900 kg, og selskapet også kan ta løft inntil 1400 kg, kan innklagede ikke se at det er lagt vekt på andre kriterier enn de som fremkommer i konkurransegrunnlaget. Kriteriene i konkurransegrunnlaget er ikke til hinder for at leverandørene gir tilbud basert på ulike prisformater. Innklagede vil fortsatt ha behov for tjenester i kategori 1400 kg, slik at den kontrakten som er inngått ikke er snevrere enn det som ble utlyst.
- (24) I tillegg til pris har anbudsnemnda lagt vekt på følgende kriterier ved valg av leverandør: lang flyoperativ erfaring med valgt leverandør på innklagedes navigasjonsinstallasjoner, dokumentert beredskap og at reservemaskiner (og piloter) finnes på base i Harstad. Innklagede kan ikke se at våre vurderinger på dette punktet skulle være i strid med konkurransegrunnlag eller regelverk for øvrig. Som det framgår av evalueringsnotatet av 7. desember 2004 vil innklagede ved å velge Heli-Team spare kr. 86.500 pr år i forhold til tilbudet fra klager. I løpet av den treårsperioden kontrakten gjelder, vil total besparelse bli kr. 259.500. Dette i seg selv vil etter innklagedes vurdering være tilstrekkelig til å velge den leverandør som er valgt.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, § 2-2.

Manglende begrunnelse

- (26) Det er på det rene at meddelelsen om valg av leverandør ikke inneholdt noen begrunnelse for valget eller opplysninger om klageadgang. Innklagede har med dette brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3.
- (27) Et av formålene med begrunnelsesplikten er å gi leverandørene grunnlag for å vurdere hvorvidt kontraktstildelingen skal bestrides. Innklagede har anført at klagers reelle klagemulighet ikke er påvirket, da det faktisk er fremsatt en klage. Til dette vil klagenemnda bemerke at manglende begrunnelse innebærer at klager ikke hadde fullgodt grunnlag for å utforme sin klage. Dette kan ha medført at klagen har blitt annerledes utformet enn den ville blitt dersom innklagede hadde gitt en begrunnelse.

Innsyn i anskaffelsesprotokollen

- (28) Allmennhetens innsyn i anskaffelsesprotokoll reguleres av lov av 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven), jf forskrift om offentlige anskaffelser § 3-2. Det følger av offentlighetslovens hovedregel at saksdokumenter tilknyttet en offentlig anskaffelsesprosess er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov, jf § 2. I medhold av offentlighetsloven § 11 (2) og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-2, 2. punktum, kan innsyn begrenses med

hjemmel i forskrift av 14. februar 1986 nr. 351. Denne forskriftens punkt V nr. 12 gir oppdragsgiver adgang til å unnta anskaffelsesprotokoll fra innsyn. Riktignok innebærer kravet til meroffentlighet, jf offentlighetsloven § 2 (3), at innsyn likevel skal vurderes, og klagenemnda vil bemerke at kravet til etterprøvbarhet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5, innebærer at oppdragsgiver normalt er forpliktet til å gi innsyn i dette dokumentet, som blant annet inneholder informasjon om innklagedes evaluering. Særlig gjelder dette i de tilfeller der det ikke er gitt en utførlig begrunnelse. Innklagede har imidlertid begrunnet konkret og saklig hvorfor det ikke ble gitt innsyn. Klagenemnda har ikke grunnlag for å overprøve denne vurderingen.

Konkurransegrunnlagets krav til helikopter

- (29) Innklagede har i konkurransegrunnlaget stilt krav om at "*helikopteret*" skal ha "*løfteevne minst 900 kg og inntil 1400 kg*". Klager har oppfattet at det var stilt krav om ett helikopter som skulle brukes til å løfte mellom 900 og 1400 kg. Klagenemnda er enig i at det er en naturlig forståelse av konkurransegrunnlaget at det ble bedt om tilbud på ett helikopter som hadde den angitte løfteevne. I ettertid har det vist seg at konkurransegrunnlaget ikke ga uttrykk for innklagedes reelle behov. Innklagede ble klar over dette mens konkurransen pågikk. Dette kan ha hatt betydning for leverandørenes utforming av tilbudene. Det må være oppdragsgivers ansvar å sørge for at behovet angis klart i konkurransegrunnlaget. Når dette ikke er gjort, finner klagenemnda at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Evalueringen av tilbudene

- (30) Av forskriftens § 17-2 (2) og lovens krav til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i § 5 følger det et krav til klarhet ved utformingen av tildelingskriteriene, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/211. Klarhetskravet innebærer at tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å forstå tildelingskriteriene på samme måte. Dette følger av flere klagenemndsavgjørelser, blant annet sak 2004/151.
- (31) Etter klagenemndas oppfatning er kriteriene "*tekniske krav*", "*operasjonelle krav*", "*administrative krav*" og "*økonomisk del*" for vage og uklare til å tilfredsstillende regelverkets krav. Disse kriteriene er identiske med konkurransegrunnlagets inndeling av kravene til innholdet i tilbudene, og er lite egnet som tildelingskriterier. Det fremgår at innklagede i evalueringen har vektlagt tilgjengelighet av tjenestene (responstid) og lang erfaring hos Heli-Team. Klagenemnda kan ikke se at konkurransegrunnlaget klart tilkjennega at disse forholdene ville bli evaluert.
- (32) Videre har innklagede satt krav til reservemaskin når tilbudene har blitt evaluert. At leverandøren må ha reservemaskin, er en del av kontraktsbetingelsene. Dette innebærer at på tidspunktet for kontraktsoppfyllelse, må valgte leverandør ha reservemaskin tilgjengelig innen to dager. Klagenemnda kan derimot ikke se at det klart fremkom av konkurransegrunnlaget at reservemaskin tilgjengelig på mindre enn to dager, var noe som ville bli vektlagt under evalueringen av tilbudene.
- (33) Klagenemnda er etter dette kommet til at angivelsen av tildelingskriteriene og evalueringen av tilbudene har vært i strid med forskriftens § 17-2 (2) og lovens § 5.

- (34) Når det gjelder anførselen om at innklagede ikke har kalkulert Heli-Teams kostnader til landingstillatelser, kost, losji og natt- og helgetillegg i sammenligningsgrunnlaget, kan ikke klagenemnda se at klager har opplyst at dette er inkludert i tilbudsprisen i klagers tilbud. Når innklagede i konkurransegrunnlaget ikke har bedt om at disse kostnadene skal være inkludert i tilbudsprisene, må det være klagers risiko å få frem hvis så er tilfellet. Når innklagede ikke er oppmerksom på at kostnader til landingstillatelser, kost, losji og natt- og helgetillegg er inkludert i klagers priser, kan klagenemnda ikke se at innklagede har gjort en feil ved at ikke Heli-Teams kostnader til disse utgiftene er kalkulert inn i sammenligningsgrunnlaget.

Konklusjon:

Kystverket Nordland har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 ved at det i meddelelsen om valg av leverandør ikke er gitt noen begrunnelse for valget eller opplysninger om klageadgang.

Kystverket Nordland har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at Kystverket Nordlands faktiske behov ikke fremkom klart i konkurransegrunnlaget.

Kystverket Nordland har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) og lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at tildelingskriteriene ikke er tilstrekkelig klart angitt, og ved at det under evalueringen av tilbudene er lagt vekt på forhold som ikke klart fremgår av tildelingskriteriene.

For klagenemnda,
23. januar 2006

Inger Roll-Matthiesen