



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Forsvarets Logistikkorganisasjon kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vann- og drivstoffcontainere. Innklagedes avvisning av klagers tilbud under henvisning til at et krav til belastningsevne ikke var oppfylt, var i strid med kravet til forutberegnelighet da innklagedes angivelse av kravet ikke var klar nok. Videre ble det funnet i strid med kravet til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet at innklagede ikke kunne dokumentere om og hvordan et kvalifikasjons kriterium var vurdert. Nemnda fant også innklagedes manglende dokumentasjon av vurderingene foretatt i forkant av avvisningen av klagers tilbud, i strid med kravet til etterprøvbarehet. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 4. september 2006 i sak 2006/76

Klager: Uniteam International AS

Innklaget: Forsvarets Logistikkorganisasjon

Klagenemndas medlemmer: Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Klarhetskravet ved utforming av minstekrav. Forutberegnelighet. Gjennomsiktighet. Etterprøvbarehet. Avvisning. Tekniske spesifikasjoner. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Forsvarets Logistikkorganisasjon (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. august 2005 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av 4 drivstofflak, med opsjon på ytterligere 21, og 5 vanntanklak, med opsjon på ytterligere 7. Antallet ble 23. august 2005 endret til 25 drivstofflak og 12 vanntanklak, med opsjon på ytterligere 7 vanntanklak.
- (2) Tilbyder kunne i henhold til konkurransegrunnlagets punkt 9.3 velge om han ville inngi tilbud på kun en av flaktypene, eller på begge to.
- (3) I konkurransegrunnlagets "*part I Instruction to bidder*" punkt fire fremgår det at: "*The qualification requirements are stated in Annex B - Qualification requirements. In addition the bidder must reach fulfillment of the Technical specification.*" I annex B punkt 4 fremgår det at tilbyder skal oppfylle alle "*shall-demands in annex B Technical Requirements*". Henvisningen til annex B her er feil, og riktig henvisning er annex E-1 A/B. I annex E-1A følger de tekniske minstekrav til drivstofflakene (FTC) og i annex E-1B de tekniske minstekrav til vanntanklakene (WTC). Tilbyderne skulle bekrefte eller avkrefte om tilbudet tilfredsstilte hvert enkelt krav. Videre skulle det gis en "*actual performance*" beskrivelse, en "*system description*", samt vedlegges "*verification documentation*" i tilknytning til hvert enkelt punkt.
- (4) I annex E-1A side 8 og annex E-1 B side 7 fremkommer det følgende om formålet med anskaffelsen: "*The purpose with the project is to provide the user with a*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

Fuel tank container/ Watertank container with the capability to carry large amounts of fuel/water over large areas in varying climatic conditions.” På samme sider under Scope 1.2 system “overview” fremgår det at containerne skal transporteres ”on the hooklift Scania P 113 6x6 with multilift MK IV load handling system”. Videre henviser WTC side 10 og FTC side 11 under applicable documents til NATO STANDARD no 2413. Tilslutt fremgår det av WTC side 13 og FTC side 14 at ”ISO 20 feet shall interface [...]”, og at ”The specification is more a functional specification rather than a technical manufacturing specification.”

- (5) I konkurransegrunnlagets FTC 2.1.8 og WTC 3.1.9 fremgår det følgende om kravet til containernes belastningsevne:

”The FTC/WTC shall be transported as a standard container by truck, trailer, train, and by ship/boat.

The FTC/WTC should be transported as a standard container by the military plane Hercules C-130. The FTC/WTC should be constructed in accordance with the ISO 3874 (transport and handling), ISO 1496 and ISO 668.

The FTC/WTC shall have outer dimensions according to ISO 20 feet interface, and should have a maximum height of 8 feet (2,44 m). In the case that components are mounted outside the ISO 20 feet interface, the components shall be easy to remove.”

- (6) I annex E-1A side 14 stilles det følgende krav til drivstofflakene:

”The FTC should be similar to other Nordic countries fuel distribution materiel, as Sweden and Denmark, due to the Nordic co-operation.”

- (7) I FTC 2.1.20 og 2.1.48 var det stilt bestemte krav til drivstoffcontainerne for bevaring av drivstoffkvalitet.

- (8) I FTC 2.1.68 fremgår det at drivstofflakene skulle tilfredsstille kravene til ADR/RID konstruksjon. Innklagede har muntlig forklart for klagenemnda at ADR/RID er en europeisk Sikkerhetsforskrift for transport av farlig gods langs vei som gjelder tankbiler. For at tankbilen skal overholde forskriften, må drivstoffcontainere som transporteres på bilen være konstruert med et bestemt tyngdepunkt.

- (9) Før tilbudsfristens utløp fremsatte klager følgende spørsmål:

”The FTC and WTC shall be transported as a standard container by truck, trailer, train, and by ship/boat. Is this correct due to CSC rules and regulations?”

- (10) Innklagede opplyser at innklagede i e-post av 19. januar 2006 besvarte dette på følgende måte:

”NDLO wants the FTC and WTC to comply with all rules and regulations regarding transportation by truck, trailer, train, and by ship/boat, included stacking in full height on board ship.”

- (11) Klager har i ettertid hevdet at e-posten aldri ble mottatt, og innklagede har heller ikke kunnet dokumentere at denne er blitt sendt klager.
- (12) Innen tilbudsfristen mottok innklagede 6 tilbud, deriblant fra Uniteam International AS (heretter kalt klager) og HMK bilcon. Klagers tilbud uttalte at samtlige krav var oppfylt.
- (13) I brev av 7. mars 2006 ble tilbyderne informert om at HMK bilcom ville bli tildelt kontrakten, idet *”dette firma var eneste som oppfylte samtlige tekniske krav.”* I brevet til klager, av samme dato, ble det opplyst følgende: *”Vi beklager å måtte meddele at Deres tilbud ikke vant frem i konkurransen denne gang.”*
- (14) Etter dette tok klager muntlig kontakt med innklagede for en nærmere begrunnelse for hvorfor vedkommendes tilbud ikke ble valgt. I e-post av 10. mars 2006 til innklagede oppsummerte klager dette på følgende måte:
- ”Jeg fikk en muntlig redegjørelse fra deg på hvilke punkter Uniteam ikke var ”compliant”. Jeg merket meg følgende punkter: SR 8, SR 21, SR 34 og SR 48 – hvor vår løsning ikke tilfredsstiller tekniske krav. For ordens skyld ber jeg om at du informerer dersom det skulle være andre punkter hvor UI ikke har besvart tilfredsstillende!”*
- (15) I brev av 16. mars påklaget Uniteam innklagedes tildelingsbeslutning. Klagen ble avslått i brev av 21. mars 2006, hvor det uttales: *”FLO har sett på både den tekniske og merkantile side på nytt, men kommet til at vedtaket skal bestå. Den tekniske evaluering ledet til at bare en leverandør oppfylte skal kravene i spesifikasjonen, som var kvalifikasjonskriteriet.”*
- (16) I brev av 5. april 2006 ga innklagede en nærmere begrunnelse for hvorfor klagers tilbud ble avvist. Det ble her uttalt følgende:
- ”Tilbudt løsning oppfylte ikke alle tekniske skal krav (5 stk), hvor av viktigst var stablekravet: Uniteams konstruksjon tåler kun 24 tonn, mens ISO-kravet var 192 tonn. Kravet er utformet med tanke på stabling i havn og båt; konteinere skal kunne stables 7 i høyden. Uniteams tilbud bar preg av å være utformet for vanntankflak. Tilbudet for drivstofftankflak var en kopi av denne. Uniteam viser ikke til referanser for drivstoffmateriell.”*
- (17) I klagers kommentarer til innklagedes tilsvare for klagenemnda uttalte klager følgende om forholdet mellom kravet til belastningsevne og kravet til ADR/RID konstruksjon:
- ”ADR reglementet, som er et offentlig regelverk for alle kjøretøy som transporterer brannfarlig væske eller gass, danner ved denne type leveranse basis for dimensjonering, samtidig som vektkravene skal tilfredsstilles. Det vil ikke være mulig å konstruere et integrert system som ivaretar samtlige av disse faktorer uten å benytte materialer som ikke er vanlige, og som har et kostnadsnivå som ikke gjenspeiles i den tekniske spesifikasjonen fra FLO. Dersom systemet skal dimensjoneres for en maksimalvekt slik FLO antyder, vil det medføre at rammestrukturen må forsterkes så kraftig at det ikke vil være mulig å tilfredsstille*

krav til ADR reglene samtidig som de øvrige vektfaktorene overholdes. Kravene er altså ikke forenelige.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (19) Klager skulle ha vunnet konkurransen, da de tekniske kravene er oppfylt og tilbudt pris var konkurransedyktig.
- (20) Innklagede har benyttet feil avvisningshjemmel.
- (21) Det tok svært lang tid før klager ble gitt en tilfredsstillende begrunnelse for hvorfor tilbudet ble avvist.
- (22) Avvisningsbeslutningen er feil. Klagers tilbud tilfredsstilte samtlige minstekrav i konkurransegrunnlaget.
- (23) Stablekravet er ikke tilstrekkelig klart til at det kunne føre til avvisning ved påstått manglende oppfylning. Innklagedes beskrivelse av kravet er på flere punkter motstridende, og i tillegg i strid med ADR reglene. Det finnes et utall ISO godkjente ”vanlige” containere. Disse er merket, og har stableevne 0 til 9. E-posten fra innklagede av 19. januar 2006 er ikke mottatt av klager.
- (24) Klagers batteri er bedre enn det minstekravet krever, og innklagede har erkjent at typen batteri som ble tilbudt var av mindre viktighet.
- (25) Drivstofflaget tilfredsstiller de krav som er stilt til bevaring av drivstoffkvalitet.
- (26) Kravet til likebehandling i lovens § 5 er brutt. Når det kreves at tilbudt produkt skal være likt de produkt som tilbys i de øvrige nordiske land, favoriserer dette én bestemt tilbyder, HMK bilcon, som har levert drivstofftanker til det svenske og danske forsvar. Vedkommendes løsning er patentert, hvilket gjør det umulig for andre tilbydere å tilby et identisk produkt. Dette tyder også på at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (27) Klager ber om en uttalelse om vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse er oppfylt. Klager ville ikke inngitt tilbud om man hadde visst at anskaffelsen ville bli gjennomført med så grove brudd på anskaffelsesregelverket som tilfellet er i denne saken.
- (28) Klagers anførsler tilknyttet oppfyllelsen av konkurransegrunnlagets bør krav gjengis ikke her.

Innklagedes anførsler:

- (29) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (30) Innklagede anfører prinsipielt at klagers tilbud er rettmessig avvist, sekundært at klagers tilbud ikke ville vunnet konkurransen.

- (31) Klagers tilbud er rettmessig avvist fordi tilbudt container ikke tilfredsstiller konkurransegrunnlagets minstekrav til stablekapasitet, bevaring av drivstoffkvalitet og ADR/RID konstruksjon. Innklagede trekker tilbake anførselen om at klagers tilbud også kunne avvises under henvisning til at batterikravet ikke er oppfylt.
- (32) Stablekravet må anses som et minstekrav, fordi dette følger av konkurransegrunnlaget, sett i sammenheng med de der nevnte ISO krav. E-posten av 19. januar 2006 klargjør i alle fall enhver tvil på dette punkt. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagedes hensikt var å anskaffe 20 fots containere, med stabling 9 i høyden og belastningsevne 192 tonn. Brev av 4. mai anga feil stablehøyde, 7 containere, men dette beklages i innklagedes tilsvaret til klagenemnda.
- (33) Klagers tilbudte drivstofflak tilfredsstiller ikke de krav som stilles til bevaring av drivstoffkvalitet i STANAG 3149. Dette kunne ikke vært avklart, idet dette ville vært avklaring av et vesentlig forhold ved tilbudet.
- (34) Klagers tilbudte drivstofflak tilfredsstiller heller ikke konkurransegrunnlagets krav til ADR/RID konstruksjon. Dette baseres på at klager i kommentar til tilsvaret uttaler at: *"Det vil ikke være mulig å konstruere et integrert system som ivaretar samtlige av disse faktorene uten å benytte materialer som ikke er vanlige"*. I tilbudet besvarte klager at kravet var oppfylt, og innklagede la derfor ved kvalifiseringen av tilbyderne til grunn at dette var tilfellet. På basis av klagers nye uttalelser er det ikke sannsynliggjort at klagers drivstoffcontainer tilfredsstiller ADR/RID reglenes krav til tyngdepunkt.
- (35) Innklagedes utforming av minstekravene er objektiv, og favoriserer ikke noen bestemt tilbyder. Klager peker på at innklagede har gitt uttrykk for et ønske om at tilbudte drivstofflak bør være lignende de flak det svenske og danske forsvar innehar. Dette ønsket er inntatt i oppsummeringsdelen i konkurransegrunnlaget, jf. FTC side 14 siste strekpunkt. Dette er dermed ikke en del av kravspesifikasjonen. Punktet er formulert som ett bør krav, og innklagede etterspør kun lignende tanker, ikke identiske. Begrunnelsen for ønsket er at man da kan bruke norske, svenske og danske containere om hverandre på felles oppdrag. De krav som spesifikt kreves oppfylt i forhold til dette er angitt i kravspesifikasjonen. Samtlige tilbydere tilfredsstilte disse krav. Innklagede har ikke gjennomført en direkte anskaffelse.
- (36) Innklagede erkjenner at begrunnelsen for avvisning gitt i brev av 7. og 21. mars 2006 ikke er tilstrekkelig, og beklager at det ikke ble oppgitt korrekt avvisningshjemmel i brevet av 7. mars 2006.
- (37) Innklagedes subsidiære anførsler knyttet til at klager uansett ikke ville vunnet konkurransen gjengis ikke her.

Klagenemndas vurdering:

- (38) 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 II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-1.

Kravet til containernes belastningsevne

- (39) Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om klager rent faktisk oppfyller kravet til belastningsevne, siden dette spørsmål krever teknisk kompetanse som klagenemnda ikke er i besittelse av.
- (40) Spørsmålet for klagenemnda blir derimot om konkurransegrunnlaget på en tilstrekkelig klar måte angir at kravet til belastningsevne i ISO 1496 table 3 skal gjelde som et minstekrav, slik at eventuell manglende oppfyllelse av kravet berettiger avvisning, jf. forskriftens § 8-10. Konkurransegrunnlaget må være så klart at en rimelig aktsom tilbyder kan forstå at belastningskravet skal gjelde som et absolutt minstekrav, jf. EF-domstolens uttalelser om klarhetskravet i sak C-19/00 (SIAC Construction), og klagenemndas uttalelser i sakene 2006/65, 2003/273 og 2003/74.
- (41) I ordlyden i FTC 2.1.9 og WTC 3.1.8 heter det at containerne ”*should be constructed in accordance with ISO 3874, ISO 1496 og ISO 668*”. Kravet er altså her formulert som ett bør krav, hvilket, i alle fall isolert sett, tilsier at dette ikke kan tolkes som et absolutt minstekrav. Innklagede har også valgt å skille mellom skal og bør krav i hele kravspesifikasjonen. Som utgangspunkt må dette tolkes som at innklagede faktisk har ment å differensiere mellom de ulike kravene.
- (42) Spørsmålet videre blir derfor om klager ut i fra de andre bestemmelsene i konkurransegrunnlaget burde skjönt at belastningskravet var et minstekrav. Innklagede har i denne forbindelse pekt på at formålet med anskaffelsen, kravspesifikasjonens funksjonelle preg og også andre forhold i konkurransegrunnlaget taler for at kravet må forstås som et minstekrav. Det er innklagede som må sørge for at konkurransegrunnlaget er klart nok, og som må ta ansvaret for en eventuell tolkningstvil. Klagers e-post i forkant av tilbudsfristen viser at det neppe kan ha vært tilstrekkelig klart hva som fremkom av konkurransegrunnlaget.
- (43) Klagenemnda er etter en helhetsvurdering kommet til at kravet til belastningsevne ikke kan tolkes som et minstekrav. Innklagede har derfor brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge til grunn at kravet er et minstekrav som berettiget avvisning av klagers tilbud. Klagenemnda har ikke tatt hensyn til om e-posten av 19. januar 2006 kunne ha oppklart uklarheten, idet innklagede ikke kan dokumentere at denne er blitt sendt klager, og klager i tillegg har bestridt mottakelsen av denne. Videre har klagenemnda kommet til at innklagedes manglende dokumentasjon av de vurderinger som er foretatt i forkant av avvisningen utgjør et brudd på kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5. Dette gjelder også de øvrige grunnlag innklagede har avvist på grunnlag av.

Kravet til batteritype

- (44) Klagenemnda tar ikke stilling til om batterikravet kan anses som et minstekrav, hvis manglende oppfyllelse kan berettige avvisning, idet innklagede har erkjent at dette ikke er tilfellet.

Kravet til bevaring av drivstoffkvalitet for

drivstofflakene

- (45) Slik klagenemnda har oppfattet avvisningsgrunnlaget tilknyttet kravspesifikasjonens punkt 2.1.20 og 2.1.48, er avvisningen av klagers tilbud her basert på at tilbudt

container ikke tilfredsstillende de krav til bevaring av drivstoffkvalitet som følger av STANAG 3149. Dette er en teknisk vurdering, som klagenemnda mangler faglig kompetanse til å overprøve. Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at kravene i STANAG 3149 gjelder som absolutte minstekrav.

Kravet til ADR/RID konstruksjon

- (46) Innklagedes avvisning på grunnlag av at kravet til ADR/RID konstruksjon ikke anses oppfylt, er basert på at klager i kommentarene til innklagedes tilsvare uttalte at innklagedes skissering av belastningskravet og kravet til ADR/RID konstruksjon er motstridende og dermed umulig å overholde samtidig. På basis av dette har innklagede konkludert med at tilbudt drivstofflak ikke tilfredsstillende minstekravene til ADR/RID konstruksjon, jf. FTC 2.1.68. Hvorvidt kravet til ADR/RID konstruksjon er oppfylt beror på en konkret teknisk vurdering. Denne mangler klagenemnda grunnlag for å overprøve. Ved den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen la innklagede til grunn at kravet var oppfylt. Innklagede baserer sitt standpunkt utelukkende på at klager i forbindelse med klagebehandlingen har uttalt at kravene ikke kan overholdes samtidig. Klagenemnda har ikke med dette grunnlag for å si at avvisningen var vilkårlig.

Kriteriet om tilsvarende containere som det svenske og danske forsvar innehar

- (47) Kravet om at drivstofflaket *"should be similar to other Nordic countries fuel distribution materiel, as Sweden and Denmark, due to the Nordic co-operation."* angir at innklagede har en preferanse for slike produkter, og peker i retning av at innklagede ønsker å kunne favorisere enkelte foretak som kan tilby dette, jf. forskriftens § 5-2 (2). Det fremgår imidlertid kun at containeren bør være "lignende", og klagenemnda kan derfor ikke se at kravet i seg selv bryter likebehandlingskravet eller kravet til konkurranse i regelverket. På den annen side er det uklart for klagenemnda i hvilken grad tilbyderne er blitt evaluert etter dette kravet, og eventuelt hvilken virkning dette har hatt. Dette finner klagenemnda i strid med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5.
- (48) Klagenemnda tar ikke stilling til om innklagede har rett i at klager uansett ikke ville vunnet konkurransen.

Erstatning

- (49) Klagenemnda mangler grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12.
- (50) Innklagede har erkjent at de begrunnelsene som ble gitt for avvisningen av klagers tilbud i brev av 7. og 21. mars 2006 ikke er i samsvar med kravene i forskriftens § 8-13 jf. § 3-8, og at det var feil å ikke oppgi riktig avvisningshjemmel i brevet av 7. mars 2006. At det i utgangspunktet ble benyttet feil avvisningshjemmel har ikke hatt betydning for realiteten i saken.

Konklusjon:

Forsvarets Logistikkorganisasjon har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å anse kravet til containernes belastningsevne som et minstekrav som kunne begrunne avvisning av klagers tilbud.

Forsvarets Logistikkorganisasjon har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved ikke å kunne dokumentere hvordan kriteriet om tilsvarende containere som det svenske og danske forsvar innehar er evaluert, og eventuelt hvilken virkning dette har hatt.

Forsvarets Logistikkorganisasjon har brutt kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5 ved ikke å kunne dokumentere hvilke vurderinger innklagede har foretatt i forkant av avvisningsbeslutningen.

For klagenemnda,
4. september 2006

Siri Teigum