

K E N D E L S E

Indra Navia AS
(advokatfuldmægtig Christina Paludan Melson, Oslo)

mod

Naviair
(advokat Mathilde Rønnov-Jensen og advokat David Klæsøe-Lund, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 024-053914 af 31. januar 2019 udbød Naviair som udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt om anskaffelse af et ”Remote Tower and Approach System”.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 22. februar 2019 havde 6 virksomheder anmodet om prækvalifikation.

Den 8. marts 2019 besluttede Naviair at prækvalificere følgende virksomheder:

1. Frequentis DFS Aerosense GmbH
2. Nav Canada/Searidge
3. Saab Digital Air Traffic Solutions

Den 19. marts 2019 indgav Indra Navia AS (herefter IN) klage til Klagenævnet for Udbud over Naviair. Klagen har været behandlet skriftligt.

IN har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Naviair har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at afvise IN's ansøgning om prækvalifikation med den begrundelse, at IN ikke opfyldte egnetheds- og mindstekrav til teknisk og faglig formåen knyttet til levering af RTAS-systemer, uanset at IN opfyldte egnetheds- og mindstekravene.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1):

Klagenævnet skal konstatere, at Naviair har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at fastsætte egnetheds- og mindstekrav til teknisk og faglig formåen knyttet til levering af RTAS-systemer og krav til referenceprojekter, der er så uklare og upræcise, at de ikke er egnede som grundlag for prækvalifikation.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 1):

Klagenævnet skal konstatere, at Naviair har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at afvise IN's ansøgning om prækvalifikation med den begrundelse, at IN ikke opfyldte egnetheds- og mindstekrav til teknisk og faglig formåen knyttet til levering af RTAS-systemer, uanset at egnetheds- og mindstekravene var formuleret uklart, og at IN's tilbud måtte fortolkes som opfyldende de fastsatte egnetheds- og mindstekravene.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Naviairs beslutning af 8. marts 2019 om at afvise IN's ansøgning om prækvalifikation.

Påstand 5 (subsidiær til påstand 1 og 4):

Klagenævnet skal annullere udbudsforretningen, fordi udbudsbetingelserne på grund af uklare egnetheds- og mindstekrav ikke kan danne grundlag for hverken en lovlige beslutning om prækvalifikation eller en lovlige tildelingsbeslutning.”

Naviair har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 31. januar 2019 indeholder følgende:

”
...

II.1.4) Short description:

The Air Navigation Service Provider in Denmark, Naviair, wants to procure and put into operation remote tower and approach systems for initially Billund airport (EKBI) with options to enlarge the systems for more airports.

...

II.2.5) Award criteria

Price is not the only award criterion and all criteria are stated only in the procurement documents

...

II.2.7) Duration of the contract, framework agreement or dynamic purchasing system

Start: 01/09/2019

This contract is subject to renewal: no

II.2.9) Information about the limits on the number of candidates to be invited

Envisaged minimum number: 2

Maximum number: 4

Objective criteria for choosing the limited number of candidates:

Naviair is entitled to limit the number of Candidates who are pre-qualified. Naviair will select a maximum of 4 Candidates who are deemed to provide the best basis for competition. The selection of Candidates will be based on an evaluation of the documentation submitted in accordance with section III.1.2 - III.1.3 (the Candidates having the most robust economy and also the majority and most relevant references in relation to remote tower and approach systems (in operation or in final operational trials) is preferred). The Candidates may where necessary rely on the capacity of other entities in relation to the fulfilment of requirements relating to the economic and financial capacity, or to its technical and professional abilities. Where a Candidate wants to rely on the capacities of other entities, it shall prove to the Contracting Authority (Naviair) that it will have at its disposal the capacities necessary.

...

III.1) Conditions for participation

III.1.1) Suitability to pursue the professional activity, including requirements relating to enrolment on professional or trade registers

List and brief description of conditions:

All Candidates will be required to provide the following information/documentation when applying for pre-qualification:

- 1) Company name;
- 2) Information on the corporate form;
- 3) Year founded and length of experience with remote tower and approach systems;
- 4) A statement (ESPD) which shows that the Candidate is not subject to any of the exclusion grounds listed in articles 57(1) and 57 (2) in directive 2014/24/EU.

III.1.2) Economic and financial standing

...

III.1.3) Technical and professional ability

List and brief description of selection criteria:

The Candidate must deliver information of the principal similar deliveries as covered by this tender for the recent 3 years (specified by contract amount, remote towers system concept, recipients and period of delivery).

The Candidate must deliver information of the technical facilities and measures for ensuring quality and its study and research facilities.

The Candidate must deliver information on the educational and professional qualifications held by the candidate, and its managerial staff.

The Candidate must deliver information on whether he is able to provide the required certificates drawn up by official quality control institutes or agencies of recognised competence attesting the conformity of products clearly identified by references to the technical specifications or standards, which are set out in the procurement documents.

The Candidate must deliver information of support services. Minimum level(s) of standards possibly required:

A Candidate is automatically excluded if:

1) He fails to demonstrate expertise in Remote Tower technology and ANSP operational technological issues, as demonstrated by, for example:

(i) references to experienced employees considered experts in air traffic control technology.

(ii) references to experienced employees considered experts in ANSP operational technological issues.

(iii) references to works on white papers, technology papers, recognized standards, etc., done by the candidate or current or former candidate employees.

2) He fails to provide evidence for organized company structure and systematic work processes, as demonstrated by, for example:

- (i) certification by recognized standards such as ISO 27001;
 - (ii) EUROCAE standards such as ED-109, ED-153 and ED-240A;
 - (iii) ample justification for non-adherence to accepted standard and practices;
 - (iv) Safety Assessment Methodology (SAM) of Eurocontrol.
- 3) Young and startup companies (younger than 3 years old) are excluded unless a very good case is made for the trustworthiness of the company (e.g. in terms of ANSP technology experience, new company identity from older experienced companies, etc.).
- 4) He fails to demonstrate that he has delivered remote towers and approach systems (in operation or in final operational trial) within the past 3 years.
- 5) He fails to be able to provide day time technical support (Monday-Friday 8:30-15:30 CET).
- ...”

I ”Invitation to Tender”, part 1 ”Guidelines” af 31. januar 2019 er anført følgende:

” ...

3.1 Procurement

The Air Navigation Service Provider in Denmark, Naviair, wants to procure and put into operation Remote Tower and Approach Systems for initially Billund airport (EKBI) to be established in existing building facilities at Billund Airport (airside), suitably renovated. As options the procured Remote Tower an Approach System should (See “Part F, Options” for further information):

1. be easily scalable with the addition of more airports to the systems in renovated building and
2. include the potential procurement of an additional system – or an enlargement of the first systems – capable of supporting up to 10 airports and to be installed in another building yet to be defined in Billund Airport.

...

The above need is driven by Naviair’s desire and will to:

- Introducing a Remote Tower an Approach Center for regional airports in Denmark (ex. CPH) in order to create a safe, efficient, cost effective an scalable system solution for Tower an Approach Services for all Danish airspace users.
- Support a holistic development of the combined Air Traffic Management of Danish airspace.

- Ensure continuous compliance with the existing and future regulations and requirements concerning Tower and Approach Services in Danish regional airports (ex. CPH).

...

The Contractor shall in cooperation with Naviair and Naviair's subcontractors install, adjust and validate the Remote Tower and Approach System(s) to ensure it (they) can be used operationally.

It is expected that the Remote Tower and Approach System complies with common requirements, standards and guidance material from e.g. EUROCONTROL, EUROCAE, SESAR, ICAO etc.

...

4 The Prequalification phase

Companies who want to apply for prequalification (Applicants) shall meet the requirements stated in the tender-notice published in TED.

...

Companies shall meet the selection criteria stated in the EU-notice and the ESPD (The European Single Procurement Document) and is therefore obliged to sign the self-declaration form, which can be found in the Tender Management System...

The Applicants will initially only be granted access to a subset of the ITT requirements due to the sensitivity of the content (critical national infrastructure). The Applicants will be allowed to ask questions in the prequalification phase, but only regarding the prequalification phase i.e. to the content of the Guidelines to Tender (this document) and the content of Appendix B3.1-B3.7...

Naviair is entitled to limit the number of Applicants who is prequalified. Naviair will select the Applicants who are deemed to provide the best basis for competition. The selection of candidates will be based on an evaluation of the documentation submitted in accordance with the criteria stated herein.

...”

Af IN's oplysninger om sin tekniske og faglige formåen i ESPD'et fremgår følgende:

” ...

Part IV: Selection criteria

...

C: Technical and professional ability

Article 58 (4) of Directive 2014/24/EU sets out the following selection criteria

For supply contracts: performance of deliveries of the specified type

For public supply contracts only: During the reference period, the economic operator has delivered the following principal deliveries of the type specified...

Description

Remote Tower contingency system at ANSII building at Budapest Ferenc Liszt International Airport, Hungary, comprising: 5x Controller Working Positions 1x RPS NOVA 9000 A-SMGCS System Camera Vizualization System

...

Start date

06-03-2015

End date

13-05-2016

Recipients

HungaroControl- Hungarian Air Navigation Services Private Limited Company

Description

Contingency Tower at Heathrow Airport Multiple upgrades since first installation in 2009. Latest project began on December 2017 with SAT signed on 11th November 2018. 1st system: Integrated A-SMGCS and Final Approach (10 Nm) Control System for London Heathrow VCR (Virtual Control Center) . 2nd system: Integrated A-SMGCS and Final Approach (10 Nm) Control system for London Heathrow contingency tower, the VCR. The system comprises: 10 ATM Controller Working Positions 12 A-SMGCS Controller Working Positions

...

Start date

05-12-2017

End date

11-11-2018

Recipients

NATS Services Ltd.

Description

NiNOX Remote Tower System Remote Tower Centre in Bodø, Norway controlling 15 airports with option for further 21 airports. Main Remote Tower Centre: 20 Remote Tower Modules Contingency RTC: 12 RTMs # Each RTM comprises: # NOVA 9000 Electronic Flight Strips; # NO-

VA 9000 Traffic Display; # NOVA 9000 Information System; # NOVA 9000 Camera Control System; # GAREX 300 Voice Communication System; # Console furniture. Project status: On going FAT RTC Phase A : Completed December 2018 CRTC: First Airport (Røst) Operational Sept 2019 Phase A FAT RTC Phase B Q2 2019 Second Airport (Vardø) Operational January 2020 Phase B Third, fourth and fifth airports Operational Q1 2020 Phase B FAT RTC Phase C Q3 2019 MRTC: Existing CRTC to be moved to MRTC Q3 2020 Remaining airports Q3 2020 and onwards Phase C

...

Start date

25-08-2015

End date

-

Recipients

Customer: Kongsberg Defence & Aerospace, AS End user: AVINOR - Air Navigation Services of Norway

Description

Riga Aerodrome Enhanced Video Surveillance, LGS Latvia. Riga International Airport is growing and currently surveillance from LGS Tower is not sufficient. Although LGS has A-SMGCS system Level 2 in operation from 2006, these are the following improvements decided:

1. visual control in bad weather conditions and night time;
2. visual control of certain Aprons because of new buildings, hangars (blind spots);
3. A-SMGCS system control for certain Apron areas. The projects objectives is to by panoramic and PTZ cameras installed on the top of the Riga tower improve the ATC surveillance of Riga International Airport. The solution will be integrated and controlled from the existing InNova A-SMGCS system. Status of the project: On Going SAT planned date: T0+15 months Final Acceptance planned date: T0+17 months

...

Start date

12-09-2018

End date

-

Recipients

Latvijas gaisa satiksme (LGS)

Description

InNOVA Integrated Tower System (ITS) for Vilnius International Airport, this system combines the A-SMGCS with the TWR Approach functionality to provide a seamless traffic picture of the situation on and around the airport airspace. The Vilnius system includes 2 Controller Working Positions. This solution will be further integrated with the

iTEC system where InNOVA Air Traffic Control (ATC) system provides a configurable, high-quality and well-proven environment to support Air Traffic Management (ATM). InNOVA systems are configurable with a multi-functional user interface that is interactive and intuitive, increasing efficiency while maintaining safety. Electronic flight strips display function is fully integrated into the CWP display. Project status: On Going A-SMGCS SAT date: 11/05/2018 Approach functionality planned SAT date: June 2019 The InNOVA ATC system including the iTEC system is aiming for going operational in 2020. The presented contract value does not include the iTEC system, that is being delivered by Indra Sistemas.

...

Start date

17-08-2016

End date

-

Recipients

Oro Navigacija

Description

NOVA 9000 Approach & Tower display system with Electronic Flight Strip system at Jersey Airport in the UK. Communication to Brest & Swanwick. Also inter-islands communication to Guernsey & Alderney. The system comprises: 12 x CWP's 8 x EFS 2 x FDD's 1 x RPS 1 x Contingency System Multiple upgrades since first contract in 2008 - Last SAT: 12-Dec-15

...

Start date

28-11-2008

End date

12-12-2015

Recipients

NATS Services Ltd.

Description

Upgrade of A-SMGCS to latest version at Prague Airport in Czech Republic. The upgrade of the A-SMGCS includes the integration to TopSky, EFS, MET and AGL. The system will be enhanced with new functions related to an integrated Air Situation Display and runway delegation. The integrated display includes the Approach Separation Tool (AST) and vertical view. Status of the project: On Going Planned SAT date: 31/03/2019

...

Start date

06-10-2016

End date

-
 Recipients
 Air Navigation Services of Czech Republic
 ...”

Af IN's vedlagte beskrivelse af virksomheden fremgår følgende:

”
 ...
 4.1 Experience with Remote Tower and Approach systems
 ...

The first Remote System in form of a contingency tower was the Heathrow VCF (virtual Control Facility) system in 2010. We are fully aware and have early knowledge of information integrity to towers/facilities not seeing the airport manoeuvring area or its vicinity.

Indra Navia has later delivered HungaroControl's rTWR system for Budapest Airport presently approved for 100% traffic level in contingency situation. HungaroControl's objective is operate the airport from its rTWR facilities on permanent daily basis...

Indra Navia is presently delivering the world's largest Remote Tower System for Avinor ANS in Norway with initially 15 airports, 21 as options, in partnership with Kongsberg. Indra Navia is responsible for the ATM part, and the HDD (Head Down Display) presenting all relevant airport and ATC features and functions on one single display. Avinor also works closely with Indra Navia, as the leader, in SESAR 2020 Wave 1 and 2 programs to develop and validate multiple operations (PJ05), i.e. on operator controlling 3 airports from one position and said single HDD.

...”

Af Naviairs afslag til IN på deltagelse i tilbudsfasen fremgår blandt andet følgende:

”
 ...
 Referring to Your application for prequalification regarding the (Remote Tower and Approach Systems) tender, we must regrettably inform you that we have decided not to prequalify Your Company.

...

Your application was not successful on demonstrating the availability of a complete Remote Tower System as there was no description of the intended camera/optical sub-system. The camera/optical sub-system is an essential part of the complete solution. The three prequalified applicants all have complete Remote Tower Systems in operational use.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

IN har gjort gældende, at IN har dokumenteret sin tekniske og faglige formåen ved at indlevere 7 referencer, hvoraf tre er med RTAS systemer, tre er med såkaldte approach systemer og et er et integreret tower system.

IN har angivet tre referencer med RTAS systemer med forskellige løsninger for visualisering af trafik i lufthavnen netop for at vise sin brede erfaring med RTAS systemer. Foruden omtalen i ESPD-besvarelsen er disse tre projekter også omtalt i ansøgningsdokumentet ”Information Indra Navia”. De tre referencer er Remote Tower Contingency System, Budapest International Airport, Ungarn; Contingency Tower, Heathrow Airport, London, UK og NiNOX Remote Tower System, Bodø, Norge.

Med disse tre referencer opfylder IN fuldt ud egnetheds- og mindstekravene til teknisk og faglig formåen knyttet til levering af RTAS systemer.

Naviair har ikke fastsat en definition af RTAS systemer, og det kan således ikke anses som et absolut krav, at et RTAS system skal være baseret på en kameraløsning. Naviair har heller ikke stillet krav til beskrivelse af kamera eller optiske undersystemer som dokumentation for opfyldelsen af egnetheds- og mindstekravet. Der er heller ikke fastsat et minimumskrav til antallet af referencer. Ansøgerne har på ansøgningstidspunktet ikke haft adgang til de tekniske specifikationer, og de har således ikke været bekendt med, om der stilles krav til kameraløsninger i den konkrete anskaffelse.

Naviair har generelt i udbudsbekendtgørelsen og udbudsdokumenterne benyttet formuleringen ”remote towers and approach systems”. IN har forstået dette således, at også approach systemer kan indgå i anskaffelsen, og at projekter knyttet til levering af approach systemer vil kunne være relevante for opfyldelse af egnetheds- og mindstekravene. Derfor indleverede IN også tre referencer, hvor et sådant approach system var benyttet. IN er således ikke enig med Naviair i, at disse referencer ikke er relevante for vurderingen af IN’s tekniske og faglige formåen.

Samlet set viser referencelisten, at IN er i stand til at levere en komplet, skræddersyet portefølje af integrerede Air Traffic Management og Airport Solutions, herunder RTAS systemer.

IN opfylder derfor både det fastsatte egnethedskrav (erfaring med tilsvarende leverancer) og det fastsatte mindstekrav (leverancer af RTAS og approach systemer), jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3. Naviair har således handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at afvise IN's ansøgning om prækvalifikation.

Naviair har gjort gældende, at Naviair ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 i forbindelse med vurderingen af prækvalifikationsansøgningerne.

Det var berettiget ikke at prækvalificere IN, idet IN ikke har fremlagt referencer, der demonstrerer ”that he has delivered remote towers and approach systems (in operation or in final operational trial) within the past 3 years.” Det er således Naviairs vurdering, at det fastsatte egnetheds- /mindstekrav angivet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3) ikke er opfyldt med nogen af de oplyste referencer.

Ansøgerne skulle kunne demonstrere erfaring – i form af referencer – med levering af et RTAS system, der er i brug (in operation) eller i de afsluttende faser forud for ibrugtagning (in final operational trial), og leveret inden for de seneste tre år.

Ud fra en teknisk vurdering forholder det sig sådan, at selve RTAS systemets funktion navnlig er båret af en kameraløsning. Det var derfor berettiget at inddrage ansøgernes beskrivelse af referencernes kameraoptiske løsning. RTAS systemet består primært af en kameraløsning, idet det netop skal være muligt for flyvelederne ved hjælp af en optisk kameraløsning at kunne se og dirigere flyene. Det er ikke tilladt at fjerndirigere/navigere et fly i forbindelse med landing og take-off ved hjælp af eksempelvis ground-radar alene. Beskrivelsen af kameraløsningen er således i sagens natur relevant for vurderingen af referencerne.

IN har alene anført referencer, der enten ikke indeholder en kameraløsning, eller referencer der indeholder en kameraløsning, men hvor kameraløsning-

gen ikke er leveret af IN og/eller ikke er i ”operation or in final operational trial”. Desuden vedrører to af de anførte referencer nødtårne, dvs. tårne der er beregnet til den situation, hvor andre systemer fejler, og som således ikke er beregnet til almindelig daglig drift. IN opfylder dermed ikke det stillede krav om, at ansøgeren skal ”demonstrate that he has delivered remote towers and approach systems (in operation or in final operational trial) within the past 3 years”.

Naviairs vurdering af, om IN opfyldte det fastsatte egnetheds- /mindstekrav, er foretaget på saglig og objektiv vis. Vurderingen af ansøgningerne er sket på en gennemsigtig måde under behørig iagttagelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Ad påstand 2

IN har gjort gældende, at konkurrencebetingelserne ikke har været tilstrækkeligt klare, og at Naviairs fortolkning af kravet om, at et RTAS system skal være baseret på en kamerateknisk løsning, og at approach systemer ikke er relevante, ikke kan lægges til grund. Naviair har som anført ikke fastsat en definition af et RTAS system eller beskrevet, hvilken forståelse Naviair lægger til grund herfor. Det fremgår desuden ikke af udbudsmaterialet, at et RTAS system skal være baseret på en kamerateknisk løsning, og ansøgerne har ikke fået adgang til de tekniske specifikationer. Der fremgår ingen krav til kamerateknisk løsning af udbudsdokumenterne i øvrigt. Naviair har således ikke stillet krav til beskrivelse af kamera eller optiske undersystemer som en del af dokumentationskravet for opfyldelsen af egnetheds- og mindstekrav. Kravene må derfor forstås således, at approach systemer vil være relevante for anskaffelsen og opfyldelsen af egnetheds- og mindstekrav, og at også RTAS systemer uden brug af kamera kan opfylde kravene.

Det følger af praksis fra EU-domstolen, at det er op til ordregiver at fastsætte det niveau, der i henseende til tekniske og faglige kvalifikationer kræves af en ansøger for at kunne deltage i et givet udbud, se f.eks. forende sager C-27-29/86 (Bellini).

Dette indebærer, at ordregiver har mulighed for at stille detaljerede krav til den påkrævede erfaring. Afgørende er imidlertid at kravene formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsdokumenterne.

Naviair havde som anført ikke i udbudsdokumenterne oplyst om, at referencoprojekter kun kunne omfatte RTAS systemer baseret på en kameraløsning. Et sådant krav kan heller ikke indfortolkes i egnetheds- og mindstekravet på den måde, som Naviair gør gældende. Det må således lægges til grund, at der er stillet krav om generel erfaring med levering af RTAS systemer og ikke krav om specifik erfaring med levering af RTAS systemer baseret på en kameraløsning.

Et approach system er det system, som anvendes for indflyvning, når flyet befinder sig i kommunikationsrækkevidde fra lufthavnen (typisk inden for en radius på 50 km). Et RTAS system er det system, som anvendes ved final approach, hvilket typisk er inden for en radius på 4-5 km fra lufthavnen, og når flyet befinder sig på jorden.

At det specifikke RTAS system, som Naviair faktisk vil anskaffe, skal baseres på en kamera-/videoløsning – noget som sandsynligvis også vil fremgå af de tekniske specifikationer, når disse gøres tilgængelige i tilbudsfasen – kan ikke ændre på det forhold, at der i prækvalifikationsfasen alene er stillet et egnetheds- og mindstekrav knyttet til generel erfaring med RTAS systemer.

Det følger af fast klagenævnspraksis, at ordregiver skal sikre sig – og bærer risikoen for – at udbudsmaterialet er klart og konsekvent opbygget og skrevet. Hvis det ikke er tilfældet, vil der foreligge en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 2. marts 2018 i AV Form A/S mod Fællesindkøb Fyn m.fl. Det følger også af fast praksis fra EU-domstolen, jf. f.eks. afgørelsen i sag C-368/10 (Max Havelaar), præmis 109.

Hvis Naviairs forståelse af RTAS skal lægges til grund, må dette begrundes med, at det kan udledes af henvisningen til diverse tekniske specifikationer, standarder og vejledninger i ITT punkt 3.1. Men henvisningen til relevante dokumenter er ikke udtømmende, og der findes adskillige relevante dokumenter med mange siders tekst. Yderligere gives der ikke en entydig definition af et RTAS system i de relevante dokumenter, og der kan ikke udledes et absolut krav om brug af kameraløsning.

Af SESARs ”Remote Tower Technical Specifications”, som Naviair har henvist til i ITT punkt 3.1, fremgår for eksempel blandt andet: ”The main

change in the new operating methods is that the ATCO [Air Traffic Control Service] or AFISO [Aerodrome Flight Informations Service Officer] will no longer be located at the aerodrome. They will be re-located to a Remote Tower Module, often co-located in a Remote Tower Centre. The views of the aerodromes are then visually reproduced in the Remote Tower Module using either Remote Tower technology (live video capture using cameras) and/or Virtual Tower technology (3D models supported by surveillance data).”

Det fremgår således af SESAR specifikationerne, at live videokameraoptagelser er én mulig løsning for et RTAS system. Der kan således også etableres et RTAS system udelukkende baseret på virtuel teknologi (3D modeller med støtte fra overvågningsdata). Der kan også bruges andre former for sensorer som f.eks. radarer mv., hvilket er tilfældet i Heathrow Airport, London, der også har et RTAS system, som ikke er baseret på en kamera-løsning, men på visualisering af data fra flere sensorer i lufthavnen, blandt andet radarer.

Naviair har således ikke i tilstrækkelig grad tydeliggjort, at referencer udelukkende knyttet til levering af RTAS systemer vil være relevante, eller at disse RTAS systemer skal være baseret på kameraløsninger. Naviair har heller ikke tydeliggjort, at der i referencerne skal gives oplysninger om valgte kameraløsninger/optiske løsninger.

Egneheds- og mindstekravene er derfor formuleret så uklart og upræcist, at de ikke er egnede som grundlag for prækvalifikation. Naviair har derfor handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at fastsætte disse krav.

Naviair har gjort gældende, at Naviair har stillet et klart krav om, at en ansøger for at blive prækvalificeret skal kunne påvise en reference, hvor ansøgeren har leveret Remote Towers and Approach Systems (in operation or in final operational trial), og at RTAS-løsningen skal være baseret på en kamera- / videoløsning.

Kravet om levering af RTAS-systems in operation or in final operational trial fremgår klart af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.3.

Kravet om kamera/videoløsning fremgår klart af det forhold, at den almindelige forståelse af termen ”Remote Tower” er et system, hvor man ved hjælp af et kamera-/videobaseret system kan udøve fjernstyret lufttrafiktjeneste på en eller flere lufthavne.

IN må også selv have været af den opfattelse ud fra oplysningerne på deres hjemmeside, hvoraf følgende fremgår under overskriften ”Remote Tower”:
”Even though nobody is physically present in the tower, video screens are showing the view from the tower to the personnel in charge. This means that controller can be based in a location, but can control several airports at other locations simultaneously.”

Man kan ikke ”show the view from the tower” (altså udsynet fra tårnet) uden at have en eller anden form for kameraløsning. Og derved ses det også, at Naviairs forståelse af termen ”Remote Tower” – og den almindelige forståelse heraf – svarer helt til det anførte om ”Remote Tower” på IN’s hjemmeside.

Dertil kommer, at det entydigt fremgår af syv bilag til udbudsmaterialet, at Naviairs udbud angår lufthavne, der skal modtage såkaldt IFR/VFR-trafik. Remote flyvelederkontrol af VFR-trafik kan ikke gennemføres uden en kameraløsning, da der ikke er krav til, at VFR-flyvninger skal foretages med transpondere, som systemmæssigt kan kommunikere med radarer i lufthavnen. Dette er almindelig kendt i branchen for lufttrafiktjenester, og der er derfor ikke nogen i branchen for lufttrafiktjenester, der kan have været i tvivl om, at Naviair under det foreliggende udbud kun er interesseret i Remote Tower and Approach Systems (RTAS) med en kamera-/videoløsning.

Det er korrekt, at Naviair som ordregiver på klar vis skal fastsætte de egnethedskrav, der stilles for at blive prækvalificeret, men dette indebærer ikke, at Naviair har pligt til at forklare begreber, som er fast anvendt og indarbejdet i branchen, hvilket er situationen for så vidt angår termen ”Remote Tower”.

Ad påstand 3

IN har gjort gældende, at de uklare egnetheds- og mindstekrav betyder, at Naviair ikke har været berettiget til at afvise IN’s ansøgning om prækvalifikation på grund af manglende opfyldelse af kravene. Uklarheden kan ikke

komme IN til skade, og under sådanne omstændigheder er Naviair forpligtet til at fortolke IN's ansøgning som, at den opfylder de fastsatte egnetheds- og mindstekrav, jf. f.eks. klagenævnets kendelser af 10. december 2014, Human Care ApS mod Brøndby kommune og af 25. september 2013, Brødrene Dahl A/S mod Aarhus Vand A/S.

Naviair har hverken forsøgt at afklare de forhold, som Naviair eventuelt måtte have været i tvivl om, ligesom Naviair ikke har givet IN mulighed for at indlevere supplerende oplysninger. I et tilfælde hvor udbudsbetingelserne er uklare, burde Naviair som et minimum have gjort dette.

Det var derfor i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 at afvise ansøgningen fra IN.

Naviair har ikke anført særskilte bemærkninger til påstand 3.

Ad påstand 4

IN har gjort gældende, at overtrædelserne ad påstand 1, 2 og 3 er alvorlige, og at disse har haft indvirkning på IN's mulighed for at blive prækvalificeret og i sidste ende få tildelt kontrakten.

Hvis egnetheds- og mindstekrav ikke er tilstrækkelig klare, kan de ikke danne grundlag for en lovlig beslutning om prækvalifikation, og ordregiver vil således heller ikke være berettiget til at afvise en ansøger.

Overtrædelserne bør derfor føre til, at klagenævnet skal annullere Naviairs beslutning om ikke at prækvalificere IN, således at IN får mulighed for at indlevere tilbud og deltage i den videre konkurrence.

Naviair har gjort gældende, at Naviair ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og at der ikke er grundlag for at annullere Naviairs beslutning om ikke at prækvalificere IN.

Ad påstand 5

IN har gjort gældende, at klagenævnet skal annullere udbudsforretningen.

Overtrædelserne ad påstand 2 og 3 er alvorlige, og disse har haft indvirkning på IN's mulighed for at blive prækvalificeret og i sidste ende få tildelt den annoncerede kontrakt.

Hvis egnetheds- og mindstekrav ikke er tilstrækkelig klare, kan de hverken danne grundlag for en lovlig beslutning om prækvalifikation eller om tildeling. Konsekvensen i et sådant tilfælde må være, at Naviair har pligt til at aflyse udbuddet.

Naviair har gjort gældende, at Naviair ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og at der ikke er grundlag for at annullere Naviairs udbudsforretning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Udbuddet er gennemført efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, og udbudslovens § 2 finder derfor ikke anvendelse, jf. bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet i dansk ret (implementeringsbekendtgørelsen).

Under et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet har en ordregiver i vid udstrækning frie hænder til at tilrettelægge forhandlingsforløbet under respekt af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

I udbudsbekendtgørelsen havde Naviair begrænset antallet af ansøgere, som ville blive opfordret til at afgive tilbud, og det var nærmere fastsat, hvordan denne udvælgelse ville finde sted.

For at overholde gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet skal en ordregiver i udbudsbekendtgørelsen give oplysning om, hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier der tillægges vægt i forbindelse med udvælgelsen af ansøgere, og hvordan oplysningerne vil blive vurderet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, jf. artikel 78, jf. artikel 47, stk. 2. Hvis der lægges vægt på flere forskellige forhold, skal det klart fremgå af udbudsmaterialet, hvordan de enkelte forhold prioriteres.

Det kan ubestridt lægges til grund, at der ikke findes nogen entydig definition af et "remote tower and approach system" (RTAS system), og at der også kan etableres et sådant system, som udelukkende er baseret på virtuel teknologi, ligesom der kan anvendes sensorer som f.eks. radarer.

Det fremgik ikke af udbudsbekendtgørelsen, at ansøgerne, der i prækvalifikationsfasen kun havde adgang til "a subset of the ITT requirements due to the sensitivity of the content", skulle henviser til og beskrive referencer, som indeholdt et "camera/optical sub-system", og at ansøgerne ikke ville blive prækvalificeret, hvis referencerne ikke indeholdt oplysninger herom.

Det fremgik heller ikke af det udbudsmateriale, som ansøgerne havde adgang til, at Naviair udbød og ved et RTAS system alene forstod et system, som indeholdt en kamera- og videobaseret løsning.

I de lufthavne, som Naviair ønskede at betjene med RTAS systemet, fremgår det af det offentliggjorte materiale vedrørende lufthavnens Aeronautical Information Publication (AIP), at der på samtlige seks lufthavne både var IFR-flyvninger (Instrument Flyve Regler) og VFR-flyvninger (Visuelle Flyve Regler), og at der således i forhold til IFR-flyvningerne, hvor flyene altid er udstyret med transpondere, som gør dem synlige på en radar, var mulighed for at etablere et RTAS system med en systemmæssig kommunikation mellem flyet og lufthavnens radar.

Det har således heller ikke, sådan som kontrakten var udbudt og indholdet af AIP'erne, været åbenbart, at den efterspurgte løsning alene var et RTAS system, som for så vidt angår Remote Tower-delen indeholdt et krav om, at referencerne skulle indeholde en eller anden form for kameraløsning.

Da det ikke fremgik tilstrækkeligt klart af udbudsmaterialet, på hvilket grundlag og efter hvilke kriterier udvælgelsen blandt ansøgerne ville blive foretaget, herunder hvad der ville blive lagt vægt på ved vurderingen af referencernes relevans i forhold til den udbudte kontrakt, finder klagenævnet, at Naviair ikke lovligt kunne anvende det anførte udvælgelseskriterium som grundlag for en lovlig beslutning om prækvalifikation, og Naviair har derfor heller ikke kunnet afvise at prækvalificere IN med den begrundelse.

Da mindstekravet efter det anførte har været uklart formuleret, er der ikke grundlag for at tage påstand 1 til følge.

Ved ikke at have offentliggjort udvælgelseskriterierne har Naviair overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og påstand 2 tages derfor til følge for så vidt angår forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36.

Påstand 4

Efter karakteren af den fastslåede overtrædelse ad påstand 2, og da overtrædelsen har haft betydning for, hvem der blev prækvalificeret, tages påstanden om annullation til følge.

Påstand 3 og 5

Klagenævnet kan efter klagenævnslovens § 10, stk. 2, blandt andet afgøre en sag i realiteten helt eller delvis. Hvis klagenævnet behandler en sag delvis, tager nævnet ikke stilling til den øvrige del af klagen. Under hensyn til klagenævnets resultat vedrørende påstand 2 og 4, tager nævnet ikke stilling til påstand 3 og 5.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Klagen tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Naviair har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at fastsætte egnetheds- og mindstekrav til teknisk og faglig formåen knyttet til levering af RTAS-systemer og krav til referenceprojekter, der er så uklare og upræcise, at de ikke er egnede som grundlag for prækvalifikation.

Ad påstand 4

Naviairs beslutning af 8. marts 2019 om at afvise IN's ansøgning om prækvalifikation annulleres.

Ad påstand 3 og 5

Klagenævnet tager ikke stilling til påstandene.

Naviair skal i sagsomkostninger til Indra Navia AS betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent