



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Krav til ytelsen. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for flomsikring av Brandbu sentrum. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av et minstekrav i kravspesifikasjonen. Klagenemnda kom til at det forelå et avvik ved valgte leverandørs tilbud, men at dette ikke var vesentlig. Klagers anførsel førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. januar 2021 i sak 2020/529

Klager: Åsmund Pettersen & Sønn AS

Innklaget: Norges vassdrag- og energidirektorat

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Norges vassdrag- og energidirektorat (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. mars 2020 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med prosjektet flomsikring av Brandbu sentrum i Gran kommune. Anskaffelsens verdi var estimert til 60 millioner kroner. Tilbudsfristen var satt til 4. mai 2020.
- (2) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at prosjektet, i tillegg til sikring, senkning, bygging av murer og flomvoller langs to elver, flere nye broer og rehabilitering av eksisterende broer, omfattet «*1 stor pumpestasjon for overvann (P2) og 3 små pumpestasjoner (P1, P3 og P4). 1 spillvannspumpestasjon (P5)*». Krav til pumpestasjonene var oppstilt i to kravspesifikasjoner – én for pumpestasjon P1, og én for pumpestasjonene P2 til P5.
- (3) Av kravspesifikasjonen til pumpestasjon P1 fremgikk det av punkt 3.1 at det var stilt «*krav til pumpe med integrert frekvensomformer*». Av punkt 2.3 var det på tilsvarende vis oppgitt at «*[p]umper skal ha intern frekvensomformer*».
- (4) I kravspesifikasjonen til pumpestasjonene P2 til P5 fremgikk det av punkt 1.1 med overskriften «*Generelt*» at «*[p]umper skal reguleres med frekvensomformere og følgelig må pumpeanleggets komplette design ta hensyn til de totale harmoniske forstyrrelser, THDi*». Videre fremgikk det av punkt 3.1 om frekvensomformere at disse måtte «*tilpasses pumper*». De skulle være «*beregnet for drift av den type pumper som leveres og ha internt program/regulator beregnet for den aktuelle driftstypen av pumpeanlegget*». For pumpestasjon P2 var det ikke gitt videre presiseringer rundt frekvensomformerne. For pumpestasjonene P3 til P5 var det opplyst at «*[f]rekvensomformer skal være integrert i pumpe*».

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Åsmund Pettersen & Sønn AS (heretter *klager*) og Anlegg Øst Entreprenør AS.
- (6) I tildelingsbrev av 15. mai 2020 fremgikk det at kontrakt ville bli tildelt Anlegg Øst Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*). Totalt fikk valgte leverandør en vektet totalscore på 9,53 poeng av 10 mulige, mot 9,37 poeng til klager.
- (7) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 16. juni 2020.
- (8) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. juni 2020.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. januar 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud. I kravspesifikasjonen var det stilt krav om at det skulle tilbys pumper med integrert frekvensomformer. Valgte leverandør har tilbudt pumper hvor frekvensomformeren må monteres separat, og tilbudet avviker derfor fra et absolutt krav.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (11) Det er ikke oppstilt et absolutt krav i konkurransegrunnlaget om at frekvensomformerne må være integrert i pumpene. Selv om valgte leverandørs tilbud inneholder et avvik, er dette avviket ikke vesentlig, og det foreligger derfor ikke plikt til å avvise tilbudet. Det er ikke inntatt noe forbehold mot kravspesifikasjonen i valgte leverandørs tilbud, og det kan kreves oppfyllelse i henhold til kravene.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygge- og anleggsarbeider ved flomsikring. Anskaffelsens anslåtte verdi er 60 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (13) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Tilbudet skulle ifølge klager ha vært avvist fordi det inneholder avvik fra kravet om integrert frekvensomformer.
- (14) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b) at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (15) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver – ved å akseptere tilbudet – ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet, og

oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften §§ 14-1 (5) og 23-3 (2).

- (16) Utgangspunktet for tolkningen av konkurransegrunnlaget er hvordan det fremstår for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/731, avsnitt 39 med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*.
- (17) I konkurransegrunnlaget var det oppstilt to kravspesifikasjoner. Den ene gjaldt for pumpestasjon P1, og den andre for pumpestasjonene P2 til P5.
- (18) Av kravspesifikasjonen til pumpestasjon P1 fremgikk det som nevnt av punkt 3.1 at det var stilt «*krav til pumpe med integrert frekvensomformer*». Av punkt 2.3 var det på tilsvarende vis oppgitt at «*[p]umper skal ha intern frekvensomformer*».
- (19) Ordene «*integrert*» og «*intern*» har ikke nødvendigvis det samme meningsinnholdet. Lest i sammenheng er det imidlertid ikke tvil om at ordene i dette tilfellet skulle forstås på samme måte, og at det for pumpestasjon P1 ble oppstilt et krav om at frekvensomformerne skulle være integrert. Dette var også et krav til pumpestasjonene P3 til P5. For pumpestasjon P2 var kravet at frekvensomformerne måtte «*tilpasses*» pumpene.
- (20) Totalt var det altså for fire av de fem pumpestasjonene stilt krav om pumper med integrerte frekvensomformere.
- (21) Det er enighet om at valgte leverandør har tilbudt pumper hvor frekvensomformerer ikke er integrert i pumpene, men monteres separat. Valgte leverandørs tilbud inneholder dermed et avvik fra kravspesifikasjonen.
- (22) Spørsmålet i det videre er om avviket er vesentlig, og dermed om innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (23) Ved vurderingen av om et avvik er vesentlig, må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/355, avsnitt 48 med videre henvisninger. Tilbud som avviker fra krav som er oppgitt som «*absolutte*» eller lignende i konkurransedokumentene, vil som et klart utgangspunkt anses å inneholde et vesentlig avvik, jf. blant annet LB-2010-115884. For potensielle leverandører er det naturlig å lese konkurransedokumentasjonen slik at tilbud med avvik fra slike krav, vil bli avvist uten noe nærmere vurdering av avvikets størrelse eller betydning, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/72, avsnitt 26. Noen krav må også anses ufravikelige ut fra det synspunktet at de gjelder «*grundlæggende udbudsbetingelser*». Dette gjelder uavhengig av om oppdragsgiver har angitt dem som «*absolutte*» eller lignende, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-243/89 *Storebælt*. For krav som ikke er betegnet som «*absolutte*» eller lignende, og hvor det heller ikke er snakk om slike grunnleggende betingelser, må presumsjonen være at det ikke er et ufravikelig krav, jf. NOU 2014:4 («*Enklere regler – bedre anskaffelser*») side 230.
- (24) Klager har anført at kravet til integrert frekvensomformer var et minstekrav, og at klager tolket det slik at dersom det ble tilbudt pumper uten integrert frekvensomformer, ville dette føre til avvisning.

- (25) Slik klagenemnda ser det, inneholder kravspesifikasjonene imidlertid ikke noen indikasjoner på at kravet om integrert frekvensomformer var et absolutt krav. Det avgjørende for innklagede er at det leveres frekvensomformer, ikke om denne er integrert eller ikke. Kravet kan derfor heller ikke anses å gjelde «*grundlæggende udbudsbetingelser*». Klagers anførsel om at kravet er et absolutt minstekrav kan derfor ikke føre frem.
- (26) Om avviket er vesentlig, beror på en konkret vurdering. Det avgjørende er som nevnt hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad avviket kan forrykke konkurransen.
- (27) Selve pumpene utgjør en mindre del av anskaffelsen, som i tillegg til pumpestasjonene også omfattet en rekke sikringstiltak langs flere elver og broer, i tillegg til bygging av flere nye broer, samt omlegging og nylegging av kabler og ledninger langs strekningene. Videre er det, slik klagenemnda har forstått innklagedes forklaring, av mindre betydning for funksjonaliteten om frekvensomformerne er en integrert del av pumpene eller om de monteres separat.
- (28) Ut fra differansen i pris hva gjelder pumpehusene, er det også vanskelig å se hvordan avviket i valgte leverandørs tilbud kunne skape tvil om rangeringen av tilbudene. Klager har heller ikke sannsynliggjort dette. Avviket har derfor ikke vært egnet til å forrykke konkurransen.
- (29) Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av vesentlig avvik, jf. § 24-8 (1) bokstav b, fører ikke frem.

Konklusjon:

Norges vassdrags- og energidirektorat har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk