



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av fast inventar til et laboratorium på Nord universitetet. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud. Klagers anførsel førte ikke frem. Klager anførte også at innklagede hadde brutt anskaffelseslovens grunnleggende krav til forutberegnelighet og likebehandling. Anførselen førte ikke frem. Mindretallet kom til at nemnda ikke var egnet til å avgjøre spørsmålet.

Klagenemndas avgjørelse 29. oktober 2019 i sak 2018/214

Klager: Kilab AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Statsbygg (heretter *innklagede*) inviterte 22. januar 2018 tre leverandører til å delta i en konkurranse for anskaffelse av fast inventar til et laboratorium på Nord universitetet i Bodø. Et sentralt element i anskaffelsen var levering og montering av avtrekkskap for bruk i eksplosjonsfarlig sone. Tilbudsfrist var 2. februar 2018.
- (2) En av leverandørene, Kilab AS (heretter *klager*), henvendte seg 30. januar til innklagede med blant annet spørsmål om eksplosjonssikker utførelse (EX):

«EX utførelse:

Betyr dette at spjeld og skapstyring også må leveres i EX, dette er veldig kostbart? Noen av skapene i EX sone skal også ha hev-senk funksjon, er det tenkt at dette også leveres i EX, eller er det tenkt med sveiv (ikke motorstyrt)?»

- (3) Innklagede besvarte forespørselen i to omganger:

«Sveiv er greit der det er EX»

Og:

«Når det gjelder krav om EX opprettholdes dette for skapet, vi ber om at det prises ut med styring av spjeld /motor som holder satte krav til EX.

Man vil vurdere å flytte spjeld og motor ut av Ex sone, men dette vil man komme tilbake til i eventuelle avklaringsmøter.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Man går bort fra motor på senk/hev, som presisert i mail fra Liv.»

- (4) Den 25. april mottok klager epost om at konkurransen var avlyst. Innklagede begrunnet avlysningen med at tilbudene ikke kunne sammenlignes. I avlysningsmeddelelsen sto det blant annet følgende:

«Vi vil i løpet av kort tid gjøre noen nødvendige justeringer i vår utsendelse, for å rette opp i dette, og deretter sende ut en ny forespørsel. Vi håper dere har anledning til å levere et nytt tilbud når vi sender ut revidert forespørsel.»

- (5) Innklagede inviterte 9. mai 2018 samme tre leverandører til å delta i en konkurranse for anskaffelse av fast inventar til et laboratorium på Nord universitetet i Bodø. Tilbudsfrist var 22. mai 2018.

- (6) Om frist for ferdigstillelse sto det:

«1. Ytelsen skal leveres/utføres: I henhold til fremdriftsplanen skal tekniske arbeider ferdigstilles 6. juli. Det er derfor av stor viktighet at også fast inventar er på plass innen denne dato.»

- (7) Ferdigstillelsesdato ble samme ettermiddag endret til 6. august 2018.

- (8) Hvert enkelt avtrekksskap var individuelt beskrevet, men de tekniske kravene var tilnærmet like. For fire av avtrekksskapene var det i den tekniske beskrivelsen angitt at «anvendelse» var: «For laboratorium. Spesialrom, brann-/eksplosjonsfarlig. EX, Sone 2». For to av disse skapene var «(radius 500mm fra åpning i front)» tilføyd. Alle fire skapene hadde blant annet følgende beskrivelse av omfang og prisgrunnlag: «Leveres med integrert motorisert spjeld for styring av luftmengde. Hurtigvirkende og modulerende spjeld. VAV-spjeld må være tidsmessig justerbart, alternativt tilbys med 7 sekunders åpne/lukke-tid.»

- (9) For to avtrekksskap var «type» angitt som «Avtrekkskap. Hev-Senk».

- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud fra henholdsvis Kilab AS på kroner 1 337 170 ekskl. mva. og Zystm AS på kroner 1 298 401 ekskl. mva. (heretter *valgte leverandør*).

- (11) I valgte leverandørs tilbud var det opplyst:

«Dersom fristen for ferdigstillelse 6. august skal kunne overholdes, må Zystm ha svar innen fredag 25. mai.»

- (12) I klagers tilbud om leveringstid sto følgende:

«Montering kan tidligst foregå i uke 34-35 og ferdigstilt 3/9-18 med forutsetning fri inntransport og stor nok heis og ingen hindringer ved montering»

- (13) I brev av 25. mai 2018 ble klager orientert om at deres tilbud var avvist. Innklagedes begrunnelse var at tilbudet inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, ettersom klager i sitt tilbud oppgav at «Innredning kan tidligst bli montert i uke 34-35» og at det i revidert tilbudsbrief var oppgitt ferdigstillelse 3. september.

- (14) I referatet fra kontraktsmøte 31. mai 2018 mellom innklagede og valgte leverandør under punkt 5.01 og 11.02 står det:

«Fremdrift: Oppstart uke 30. Ferdigstillelse 6. august.»

- (15) I meddelelse om tildeling av kontrakt av 4. juni 2018 ble valgte leverandør tildelt kontrakten basert på behovet for ferdigstillelse av prosjektet til angitt tidspunkt, og anskaffelsens øvrige evalueringskriterier. Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 8. juni 2018.
- (16) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. juli 2018.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. oktober 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (18) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i anskaffelsesloven § 4 ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (19) Innklagede har uttrykkelig bedt om spjeld i eksplosjonssikker utførelse til avtrekksskapene, og ubetinget krevd hev- /senkfunksjon. Dette fremkom både av den tekniske beskrivelsen og innklagedes i dialog med tilbyderne. Valgte leverandør har ikke oppfylt disse kravene.
- (20) Innklagede har brutt prinsippet om likebehandling, ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud på grunn av manglende oppfyllelse av absolutt krav til leveringstid. Valgte leverandør har tatt et klart forbehold om at levering innen fristen 6. august forutsatte tildeling innen 25. mai 2018. Kontrakten ble tildelt 6. juni slik at forutsetningene for tilbud om rettidig levering var allerede brutt.

Avlysningsplikt

- (21) Subsidiært hadde innklagede plikt til å avlyse konkurransen da det ble gjort vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget. Innklagede aksepterte valgte leverandørs tilbud som er basert på at spjeld flyttes utenfor eksplosjonsfarligsone, samt at avtrekksskap leveres uten hev- /senkfunksjon. Dette må likestilles med beslutning om å frafalle kravene til de aktuelle produktpostene. Dersom konkurransens endelige krav hadde vært virksomme fra start av, ville klager kunne konkurrert med valgte leverandør prismessig og i forhold til leveringstid. Det vises til hvor nære tilbudene ligger i pris og antatt leveringstidspunkt, selv når man tar i betraktning at klagers tilbud inkluderte spjeld i eksplosjonssikker utførelse og hev-/senkfunksjon.

Likebehandling og forutberegnelighet

- (22) Subsidiært har innklagede brutt anskaffelseslovens grunnleggende krav til forutberegnelighet og likebehandling, ved å la endring av kravene til ytelsen kun komme valgte leverandør til kunnskap og til gode.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (23) Innklagede bestrider at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Reglene om avvisningsplikt er utviklet for anskaffelsesforskriften del II og del III, kommer ikke til anvendelse på anskaffelser som følger del I.
- (24) Innklagede bestrider uansett at det er krav om spjeld i eksplosjonssikker utførelse for avtrekksskapene. Det foreligger manglende hev- /senkfunksjon for to skap, i strid med det som fulgte av beskrivelsen. Dette avviket kan imidlertid ikke karakteriseres som vesentlig.
- (25) Innklagede bestrider at valgte leverandør ikke oppfylte kravet til leveringstid. Det fremkommer av kontraktsmøtereferatet at fristen for ferdigstillelse var 6. august. Å inngå kontrakt uten bindende sluttdato 6. august var uaktuelt for innklagede.

Avlysningsplikt

- (26) Innklagede bestrider at det forelå avlysningsplikt på grunnlag av at konkurransegrunnlaget var vesentlig endret. Det forelå ikke vesentlige avvik i valgte leverandørs tilbud, og avvikene som ble godtatt medførte ikke at selve konkurransegrunnlaget ble endret.
- (27) Subsidiært, regelen om forbud mot å endre konkurransegrunnlaget etter tilbudsfrist kommer ikke til anvendelse på del I.

Likebehandling og forutberegnelighet

- (28) Innklagede var ikke oppmerksom på innholdet i den tidligere e-posten da den nye konkurransen ble gjennomført. Innklagede gikk i dialog med leverandørene den 22. mai. Klager opprettholdt da leveringstidspunktet. Innklagede var ikke klar over at dette skyldtes at klager tilbød eksplosjonstilpassede spjeld. Innklagede er likevel ikke å klandre for dette da klager ikke opplyste om dette. Klager var klar over at levering skulle skje før semesterstart, og i e-posten fra januar ble det opplyst at det kunne være aktuelt å flytte spjeldene utenfor eksplosjonssonen. Innklagede var heller ikke klar over at klagers spjeld var i eksplosjonssikker utførelse da dette ikke fremgikk av klagers tilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av fast inventar til et laboratorium som er en vare-anskaffelse. Anskaffelsens verdi ble anslått til 1 250 000 kroner ekskl. mva. Verdien av inngått kontrakt er kroner 1 298 401 ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I, jf. forskriften §§ 5-1.
- (30) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen som følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (31) Anskaffelsen følger reglene i anskaffelsesforskriften del I. Avvisning av tilbud er ikke direkte regulert i forskriften del I. Anskaffelsesloven § 4 inneholder imidlertid krav om

at anskaffelsesprosessen skal være i samsvar med prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke har adgang til å inngå kontrakt med en leverandør som har vesentlige avvik, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2011/134, premiss 40 med videre henvisninger.

- (32) Klager har for det første anført at det er et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene at fire av avtrekkskapene valgte leverandør har tilbudt er med spjeld uten eksplosjonssikker utførelse, slik angitt i den tekniske beskrivelsen og dialogen med leverandørene.
- (33) For avtrekkskapene er underpunktet «*anvendelse*» beskrevet: «*for laboratorium. Spesialrom, brann-/ eksplosjonsfarlig. EX, Sone 2*». Under «*andre krav*» er det beskrevet at avtrekkskapene skal leveres med «*integrert motorisert spjeld for styring av luftmengde*».
- (34) Innklagede har forklart at det ikke var krav om eksplosjonssikker utførelse av spjeldet, men at avtrekkskap med integrerte spjeld må oppfylle kravene for plassering av skap i en eksplosjonsfarlig sone, noe som kan oppfylles uten bruk av eksplosjonssikkerhetstilpassede spjeld. Ordinære spjeld kan benyttes hvis spjeldet plasseres utenfor eksplosjonsfarlig sone, noe som ikke er en uvanlig løsning. Dette var løsningen i valgte leverandørs tilbud, og utformingen av skapene oppfylte dermed krav for avtrekkskap i eksplosjonsone.
- (35) Tilbyderne har lagt til grunn hver sin forståelse. Svaret som klager ble gitt vedrørende spjeld og skapstyring i forbindelse med den første konkurransen, kan ikke tillegges vekt i denne sammenhengen. Slik den tekniske beskrivelsen er formulert i denne konkurransen, gir den ikke direkte svar på hvor spjeldene skal plasseres, og hva slags utforming spjeldene skal ha. For nemnda fremstår både en løsning med eksplosjonssikre spjeld i eksplosjonsfarlig sone, og å flytte spjeldene ut av eksplosjonsfarlig sone for å ligge innenfor de muligheter den tekniske beskrivelsen ga for oppfyllelse. Klager har ikke godtgjort at valgte leverandørs løsning er i strid med kravspesifikasjonen, og klagenemnda har derfor ikke grunnlag for å tilsidesette innklagedes vurdering på dette punkt.
- (36) Klagenemnda legger etter dette til grunn at valgte leverandørs tilbudte spjeld ikke inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (37) Klager har også anført at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av at skapene ikke hadde hev- /senkfunksjon. For to av avtrekkskapene var type angitt som «*Avtrekkskap. Hev-Senk*». Klager fremholder at dette må anses som minimumskrav. Innklagede har erkjent at det foreligger manglende hev- /senkfunksjon i nevnte skap, men anfører at avviket ikke er vesentlig.
- (38) Klagenemnda kan ikke se at kravet var formulert som et minimumskrav, som automatisk måtte medføre avvisning dersom det ikke var oppfylt. I denne saken foreligger avvikene på to av ti avtrekkskap, hvor det var stilt flere individuelle krav til utforming av skapene. Videre omfattet anskaffelsen en rekke annet utstyr. Nemnda kan med dette ikke se at avvikene er vesentlige. Nemnda bemerker også at prising av disse avvikene bør være en grei oppgave, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2015/133, premiss 25.

- (39) Klagers anførsel fører ikke frem. Innklagedes aksept av avvikene i valgte leverandørs tilbud, representerer ikke vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget.
- (40) Slik saken er lagt opp for klagenemnda, kan nemnda heller ikke se at likebehandlingsprinsippet er brutt. Det var uheldig at svar på spørsmål i den første konkurransen ikke synes å være meddelt alle tilbyderne. Det forhold at hver konkurranse må vurderes for seg, innebærer imidlertid at de opplysninger klager fikk i forbindelse med den første konkurransen, i utgangspunktet ikke er relevante for om innklagede har brutt regelverket for denne anskaffelsen. Nemnda kan derfor, slik saken er opplyst, ikke se at innklagede har brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet ved at klager selv har lagt vekt på de opplysninger han fikk under den første konkurransen. Det må klager ta ansvaret for, selv om det skal ha påvirket både klagers tilbudte pris og leveringstid.
- (41) Mindretallet, nemndsmedlem Bjørn Berg, mener at klager i utgangspunktet måtte kunne basere seg på den klargjøring som fant sted under den konkurransen som ble avlyst. Klargjøringen gjaldt et spørsmål som hadde samme relevans under den påfølgende konkurransen. Hensynene bak flertallets utgangspunkt om at hver konkurranse må vurderes for seg, slår ikke til her. Den konkrete vurderingen av hvem som bør bære risikoen for at klagers tilbud ble avgitt under feil forutsetninger, beror imidlertid også på en klargjøring og vurdering av den dialog som innklagede foretok med tilbyderne om blant annet leveringstid. Dette er en type bevissspørsmål som klagenemndas skriftlige saksbehandling i begrenset grad er egnet til å avgjøre.
- (42) Klagers anførsel om avlysningsplikt fører derfor ikke frem.
- (43) Klager har også anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravet til leveringstid.
- (44) Det følger av kravet til likebehandling at like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet. I denne saken ble klager avvist på bakgrunn av at deres tilbud ikke overholdt kravet til ferdigstillelse. Slik klagenemnda ser det, overholder valgte leverandør derimot kravet om ferdigstillelse innen 6. august. Dette fremkommer av referatet fra kontraktsmøte og kontrakten mellom valgte leverandør og innklagede. I anskaffelsesforskriften del I er det rom for å foreta avklaringer og forhandle med leverandørene. Innklagede har i denne saken vært i forhandling med begge tilbyderne for å avklare ferdigstillelsespunktet. Det foreligger derfor ikke et brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (45) Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Statsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk