



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, avklaring eller retting av tilbud

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for utskifting av kjølemaskiner ved Sykehuset Innlandet Gjøvik. Etter tildeling av kontrakten til valgte leverandør, ble innklagede gjort oppmerksom på avvik i leverandørens tilbud. Klagenemnda fant at innklagede hadde handlet innenfor regelverket ved å gå i dialog med valgte leverandør for å fjerne de aktuelle avvikene, og tillate valgte leverandør å levere et revidert tilbud. Klagers anførsel om at innklagede var avskåret fra å gå i dialog, og at innklagede dermed hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, førte ikke frem. Klagers anførsel om at også det reviderte tilbudet fra valgte leverandør inneholdt et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, ble ikke tatt stilling til.

Klagenemndas avgjørelse 1. oktober 2019 i sak 2018/173

Klager: EPTEC Energi AS

Innklaget: Sykehuset Innlandet HF

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Sykehuset Innlandet HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. januar 2018 en åpen tilbudskonkurranse for utskifting av kjølemaskiner ved sykehuset på Gjøvik. Tilbudsfrist var 23. januar 2018.
- (2) Anskaffelsen var i kunngjøringen punkt II.1.4) beskrevet slik:
«Entreprisen består av utskifting av to eksisterende kjøleaggregat til to nye på 2x450 kW. Eksisterende rør, pumper og utstyr skal fjernes og nytt røropplegg med tilhørende utstyr skal monteres».
- (3) Om dialog med leverandørene ble det i konkurransegrunnlaget punkt 4.1 sagt følgende:
«[...] Etter mottak av gyldige tilbud fra kvalifiserte tilbydere vil tilbudene bli evaluert iht. kriteriene for valg og avgjørelse vil bli tatt, men SI kan etter foreløpig evaluering av tilbudene invitere tilbydere som har reell mulighet til å få kontrakt til forhandlinger (se tidsplan pkt.4.7). Forhandlingene kan være i flere former (møter, pr. tlf, pr. e-post og lignende.), og de kan forløpe i flere faser. Antall tilbud som det skal forhandles om kan reduseres underveis. Reduksjon vil skje på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriterier, og en første reduksjon vil skje i forkant av forhandlingene [...]».
- (4) Vedlagt konkurransegrunnlaget var det en teknisk beskrivelse, hvor innklagede hadde angitt en rekke krav til leveransen. Av side 60 fremgikk det at kjølemaskinene skulle ha

en kuldeytelse på 450 kW. Det var også et krav at maskinen skulle ha en energieffektivitet (EER, av innklagede også kalt virkningsgrad)¹ i minimum klasse C, hvilket betydde at maskinen skulle være så energieffektiv at den oppfylte kravet C ved de angitt kjølebærertemperaturene. Av side 57 fremgikk det at kravet til kuldeytelsen på 450 kW skulle oppfylles med en inngående kjølebærertemperatur på 12 grader og en utgående kjølebærertemperatur på 7 grader. Det var også et krav at maskinen skulle bruke vann/glykol 35 % som kjørebærermedium.

(5) I teknisk beskrivelse på side 60 og 61 hadde innklagede tatt inn en opsjon på demontering og installasjon av tørrkjøler.

(6) Tildelingskriteriene var angitt på følgende måte i konkurransegrunnlaget:

«Nr. Kriterier

1. Pris

2. Kvalitet

- Kompetanse personell
- Utførelse

3. Gjennomføring

- Leveringstid
- Fremdriftsplan og kapasitet».

(7) Det ble samtidig presisert at «underpunkter pr. tildelingskriterie er ikke uttømmende».

(8) Seks leverandører leverte tilbud, herunder Malmberg AS og Norsk IndustriRør AS. Underleverandør i Malmberg AS' tilbud var EPTEC Energi AS (heretter *klager*).

(9) I brev av 5. februar 2018 ble Malmberg AS informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Norsk IndustriRør AS (heretter *valgte leverandør*). Innklagede ga samtidig en begrunnelse for valg av leverandør. Det fremgikk av begrunnelsen at Malmbergs tilbud var evaluert som noe svakere enn valgte leverandørs. Malmberg scoret marginalt bedre enn valgte leverandør på priskriteriet, men for kriteriene kvalitet og gjennomføring scoret valgte leverandør noe bedre. Totalt sett scoret valgte leverandør best.

(10) Vedrørende kvalitetskriteriet trakk innklagede frem at Malmberg hadde tilbudt en maskin med svakere virkningsgrad enn maskinen tilbudt av valgte leverandør (EER på 3,55 mot 4,55 for valgte leverandør). Det ble også fremhevet at:

«Fysiske mål på maskin med bredde 1450mm og rør inn fra siden vil gi mindre plass i teknisk rom. Valgt leverandørs maskin er smalere (980mm) og har rørrinnføring i enden slik at plassering i teknisk rom vil bli mer optimal. Det er positivt at det er tilbudt rustfrie rør, men det vil ikke veie opp for svakere virkningsgrad og maskinens fysiske størrelse (bredde) mht. plassering i rommet som er langt nok, men forholdsvis smalt».

¹ Energy efficiency ratio.

- (11) Klager ba samme dag om innsyn i valgte leverandørs tilbud. Dette ble gitt i e-post av 8. februar 2018. I e-post av 21. februar 2018 opplyste innklagede videre at Malmberg AS' og valgte leverandørs tilbud var på henholdsvis kr 4 609 188 og 4 712 660 inkl. mva. I e-posten skriver innklagede:

«I denne totalsummen ligger:

Kap. 1, 31 og 37

Alle opsjoner (postene som ikke er lagt til sum i bok 1)

Service i 4 år (Service for et år 1 - post 01.1 .17 er inne i sum i kap.1)

I tillegg til denne totalsummen så er følgende evaluert under priskriteriet:

Timepriser (regningsarbeider)

Materialpåslag (i %)

For timeprisen er det marginale forskjeller, mens påslag på materialkost er vesentlig høyere i Malmbergs tilbud.

Ved en oppsummering av priskriteriet så er det bare marginale forskjeller mellom Malmberg og valgt leverandør».

- (12) Klager påklaget valget av leverandør i e-post av 22. februar 2018. Valgte leverandørs tilbudte kjølemaskin oppfylte ifølge klager ikke de krav som var angitt i den tekniske beskrivelsen.
- (13) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 26. februar 2018.
- (14) I e-post av 28. februar 2018 svarte innklagede klager på e-posten av 22. februar 2018. Det fremkom her at innklagede, som følge av at klager hadde gjort dem oppmerksom på avviket i valgte leverandørs tilbud, hadde foretatt en dialog med valgte leverandør. Resultatet av dialogen var at valgte leverandør hadde tilbydd en ny kjølemaskin, som ifølge innklagede oppfylte kravene i den tekniske beskrivelsen, men som hadde en lavere energieffektivitet (EER-verdi på 3,64).
- (15) I samme e-post fremholdt innklagede at det reviderte tilbudet til valgte leverandør ikke påvirket tildelingsbeslutningen:

«Som dere ser er virkningsgraden noe lavere enn hva tidligere tekniske data viser, men ikke nok til at dette endrer evalueringresultatet.

Det vil ikke ha noen kostnadmessig effekt ved at maskinen som skal leveres er noe kraftigere enn hva som står i tidligere tekniske data. Det vil heller ikke bety noe gjennomføringsmessig i og med at maskinens fysiske mål er de samme (leveringstid vil også være lik).

Med dette som bakgrunn påvirkes ikke konkurransens evaluering og beslutning».

- (16) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. mai 2018.

(17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. september 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Valgte leverandørs opprinnelige tilbud inneholdt vesentlige avvik, som medfører at tilbudet skulle vært avvist jf. forskriften § 9-6 bokstav b).
- (19) Innklagede har brutt regelverket ved å gå i dialog med valgte leverandør om avviket etter at tildelingsbeslutningen var truffet.
- (20) Subsidiært anføres det at tilbudet valgte leverandør har levert etter avklaringen også inneholder et vesentlig avvik, som medfører at innklagede har plikt til å avvise tilbudet. Det er ikke opplyst at valgte leverandør vil levere en annen tørrkjøler, og samspillet mellom ny tilbudt kjølemaskin og tilbudt tørrkjøler er så vidt dårlig at det påvirker totaløkonomien. Det er usikkert hvor mye det påvirker, og tilbudene kan derfor ikke sammenlignes.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Det bestrides ikke at avviket i valgte leverandørs opprinnelige tilbud er vesentlig, men innklagede har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet. Oppdragsgiver kan avvende avgjørelsen om avvisning til etter dialog er gjennomført. Om avviket rettes gjennom dialog, opphører avvisningsplikten. I denne saken ble avviket rettet.
- (22) Oppdragsgiver har rett til å gå i dialog med valgte leverandør også etter at tildelingsbeslutningen er truffet. Det er uten betydning om avviket er vesentlig eller ikke.
- (23) Valgte leverandørs nye tilbud inneholder ikke et vesentlig avvik. Demontering og installasjon av ny tørrkjøler var en opsjon som ikke ble innløst. Dette har derfor ikke hatt betydning for evalueringen av tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen som underleverandør til Malmberg AS, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utskifting av kjølemaskiner til Sykehuset Innlandet Gjøvik, og er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse. 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 og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (25) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (26) Det følger av forskriften § 9-6 (1) bokstav b at oppdragsgiver skal avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (27) Partene er enige om at det opprinnelige tilbudet til valgte leverandør inneholdt avvik fra anskaffelsesdokumentene. Det tilbudte kjøleaggregatet, en Carrier 30HXC120-PH3, oppfyller nærmere bestemt ikke kravene i anskaffelsesdokumentene om oppnåelse av

kuldeytelse på 450 kW ved inn- og utgående kjølebærertemperatur på henholdsvis 12 og 7 °C, i tillegg til bruk av vann/glykol 35 % som kjølebærermedium. Det er videre enighet om at disse avvikene var vesentlige.

- (28) Tildelingsbeslutningen av 5. februar 2018 var dermed i strid med forskriften. Denne feilen hadde innklagede både rett og plikt til å rette opp, jf. forskriften § 10-1 (3).
- (29) Feilen ble av innklagede rettet ved å gå i dialog med valgte leverandør, som tilbød å levere et annet kjøleaggregat av samme merke. Det er enighet om at dette kjøleaggregatet, en Carrier 30HXC140-PH3, oppfyller de aktuelle kravene om oppnåelse av kuldeytelse på 450 kW ved inn- og utgående kjølebærertemperatur på henholdsvis 12 og 7 °C, og bruk av vann/glykol 35 % som kjølebærermedium. Etter klagers syn åpner imidlertid ikke anskaffelsesregelverket for at oppdragsgiver kan gjennomføre dialog etter at tildelingsbeslutningen er truffet.
- (30) Klagenemnda er ikke enig i dette. Det er riktignok slik at anskaffelsesregelverket forutsetter at konkurransefasen skal være fullført før kontrakt tildeles, slik klagenemnda påpekte i sak 2019/342 premiss (30). Dette besvarer imidlertid ikke spørsmålet om hvilket handlingsrom oppdragsgiver har i en situasjon hvor kontrakt er tildelt en leverandør hvis tilbud inneholder vesentlige avvik. Spørsmålet er ikke direkte løst i forarbeidene. Etter forskriften § 9-7 (2) kan oppdragsgiver avvente avgjørelse om avvisning av tilbud som inneholder vesentlige avvik til etter dialog er gjennomført. Ordlyden stenger dermed ikke for å gå i dialog også i et tilfelle som vår sak – hvor innklagede ble oppmerksom på vesentlige avvik i valgte leverandørs tilbud først etter at kontrakt var tildelt.
- (31) Slik klagenemnda ser det, er det i prinsippet ingenting i veien for at oppdragsgiver går i dialog med én eller flere av leverandørene for å rette en feil ved tildelingsbeslutningen. Denne dialogen kan gjelde «*alle sider ved tilbudene*», herunder også vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene jf. forskriften § 9-3 (1). Bare dersom oppdragsgiver ikke lykkes med å rette opp avvikene har han plikt til å avvise tilbudet, jf. forskriften § 9-7 (2), se også klagenemndas avgjørelse i sak 2017/157, avsnitt 30. Adgangen til å gå i dialog etter at tildelingsbeslutningen er truffet, begrenses likevel av kravet til likebehandling i loven § 4. Etter klagenemndas syn gjør ikke denne begrensningen seg gjeldende i vår sak. Klagenemnda kan heller ikke se at adgangen til å gå i dialog etter at tildelingsbeslutningen er truffet, vil sette til side regelen i forskriften § 10-1 (3), om at oppdragsgiver ikke kan endre tildelingsbeslutningen ut fra en endret skjønnsutøvelse. Ved retting av en ulovlig tildelingsevaluering må skjønnet utøves på nytt. Klagers anførsel om at innklagede var avskåret fra å gå i dialog med valgte leverandør, kan ikke føre frem.
- (32) Klager anfører videre at innklagede under enhver omstendighet hadde plikt til å avvise valgte leverandørs reviderte tilbud. Samspillet mellom den nye maskinen og den tilbudte tørrkjøleren er ifølge klager så dårlig at det påvirker totaløkonomien. Klager hevder at det er umulig å si hvor stor påvirkningen vil være, og at det derfor ikke er mulig å sammenligne tilbudet fra valgte leverandør med klagers tilbud.
- (33) Det fremgår av kravspesifikasjonen side 60 og 61 at demontering og installasjon av ny tørrkjøler var en opsjon. Innklagede har forklart at denne opsjonen ikke er innløst, og at tilbudt tørrkjøler derfor ikke har hatt innvirkning på evalueringen av tilbudene.
- (34) I innklagedes e-post av 21. februar 2018, som gjelder den første evalueringen, går det frem at de evaluerte totalprisene var inkludert «*alle opsjoner*». Det fremstår på denne

bakgrunn uklart om opsjoner var tatt ut av den andre evalueringen, og hvilken betydning dette i så fall hadde for evalueringen. Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det imidlertid ikke mulig å ta stilling til dette.

Konklusjon:

Klagers anførsel om brudd på regelverket ved å gå i dialog med valgte leverandør, har ikke ført frem.

Klagers anførsel om avvisning av valgte leverandørs reviderte tilbud, er ikke tatt stilling til.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk