



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Feil i/uklart konkurransegrunnlag.
Saksbehandlingsfeil.

Innklagede har gjennomført en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for kommersielle kommunikasjonsradioer til forsvarssektoren. Klagen hadde allerede vært gjenstand for behandling i Oslo byfogdembete og Borgarting lagmannsrett (LB-2019-85112). Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen grunnet vesentlig avvik førte ikke frem. Heller ikke klagers anførsel om at konkurransegrunnlaget var uklart, eller anførselene om saksbehandlingsfeil førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. mars 2020 i sak 2019/353

Klager: Zenitel Norway AS

Innklaget: Forsvarsmateriell

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsmateriell (heretter *innklagede*) kunngjorde 9. november 2018 en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for kommersielle kommunikasjonsradioer med tilbehør, installasjon, opplæring og vedlikehold til forsvarssektoren. Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget estimert til 208 millioner kroner ekskl. mva. Fristen for mottakelse av prekvalifiseringsdokumentasjon var 10. desember 2018 og tilbudsfristen var 5. februar 2019.
- (2) Rammeavtalen har en varighet på to år, med opsjon på forlengelse med to ganger á ett år.
- (3) Fem leverandører ble kvalifisert og invitert til å inngi tilbud i konkurransen.
- (4) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.1 at anskaffelsens formål var å inngå en «*ikke-eksklusiv rammeavtale for kommersielle kommunikasjonsradioer og tilhørende utstyr for forsvarssektoren*».
- (5) Av konkurransegrunnlaget del 1 fremgår det i punkt 2 regler om gjennomføringen av konkurransen. Av punkt 2.3.1 fremgår det om testing av radioutstyr at:

«Som en del av tilbudsevalueringen vil Kunden ved Forsvaret og Forsvarsmateriell gjennomføre testing og verifikasjon av kravene til leveransen. Utstyr som innfrir skal-krav vil bli testet av henholdsvis Forsvarsmateriell Landkapasiteter og Forsvaret ved Heimevernet. Utstyr som beskrevet i [Vedlegg 1 (del 3) -Verifikasjon] lånes ut til Kunden i testperioden.

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

Dersom Kunden mottar identisk utstyr til testing fra flere tilbydere, forbeholder Kunden seg å bare gjennomføre tester på en av disse utstyrsenhetene. Resultatet av testingen på dette ene utstyret vil legges til grunn for de øvrige tilbyderne som har levert samme type utstyr.»

- (6) Tildelingskriteriene er inntatt i punkt 4.1 i konkurransegrunnlaget. Det fremgår at kontrakten tildeles den som har det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Pris vektet med 60 prosent og kvalitet med 40 prosent.
- (7) I konkurransegrunnlaget del 3, som er betegnet «*Dokumentasjon for evaluering – Kvalitet*» er det oppstilt flere krav til tilbudene. Det er skilt mellom skal-krav og bør-krav. Om skal-krav står følgende i punkt 2.1.1. i del 3:

«Tilbud må oppfylle alle skal-krav. Tilbyder skal bekrefte om kravet er oppfylt ved å besvare «ja» eller «nei». Leverandøren skal gi en nærmere beskrivelse/forklaring på oppfyllelsen i kolonnen «Leverandørens besvarelse». Beskrivelsen vil ikke bli tillagt vekt ved evaluering, men vil kunne benyttes for å avgjøre om kravet er oppfylt eller ikke. Tilbud som ikke oppfyller alle skal-kravene vil bli avvist fra konkurransen, jf FOA § 24-8(1).»

- (8) I punkt 5 i konkurransegrunnlaget del 3 er det satt «*Krav til kvalitet*» i underpunktene 5.1. til 5.14. Underpunkt 5.4 «*Miljøkrav*» lyder skal-krav K20:

«K20 Temperaturområde

Alle radioer skal fungere uten forringet ytelse -25°C to +55°C (Nordisk klima).»

- (9) I underpunkt 5.5 er det stilt krav til «*Håndholdt radio (HH)*», hvor blant annet følgende skal-krav er stilt:

«K33 HH Batterier

Alle HH skal kunne benytte ens type batteri

K34 HH batteridriftstid

Alle HH skal fungere på ett batteri i minimum 8 t i en 5/5/90 syklus i høy effekt»

- (10) I underpunkt 5.14 er det stilt krav til «*Opplæring*». Skal-krav K138:

«K138 Leverandøren skal tilby og overordnet beskrive samlet brukerkurs for systemet inndelt i inntil 4 dagsmoduler med elektronisk dokumentasjon for hver modul. Leverandøren angir kortfattet beskrivelse av innhold i hver dagsmodul»

- (11) Innklagede mottok tilbud fra fire leverandører i konkurransen, herunder fra Zenitel Norway AS (heretter *klager*) og Wireless Communication AS (heretter *valgte leverandør*), som leverte tre parallelle tilbud.

- (12) Valgte leverandør bekreftet oppfyllelse av krav K20 og ga følgende kommentar:

«HH: - 30 °C to + 60 °C

MR: - 30 °C to + 60 °C

Se vedlegg: Pd-6xx Brosjyre Pdf.

Se vedlegg: MD-785 Brosjyre pdf.»

- (13) Klager bekreftet oppfyllelse av krav K20 og ga følgende kommentar:

«Utstyret fungerer ved temperaturer fra -30 ° C til +60 ° C. Li-Ipn batterier til HH er spesifisert til «discharge» ned til -30 ° C».

- (14) Tredje leverandør Zodiac Norge AS' tilbud ble ved brev datert 21. februar 2019 avvist fra konkurransen grunnet vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Leverandøren oppfylte ikke skal-krav K138 da leverandøren manglet en nærmere beskrivelse av innholdet i hver dagsmodul. I tillegg inneholdt tilbudet vesentlige avvik mot kontraktsvilkårene da leverandøren hadde endret en kontraktsbestemmelse for garanti.

- (15) Ved tildelingsbeslutning datert 8. mars 2019 ble leverandørene orientert om at valgte leverandør ville bli tildelt kontrakten. Valgte leverandørs tilbud B fikk best total poengsum med 1,00. Deres tilbud A fikk nest best poengsum med 0,9996. Klager fikk en total poengsum på 0,7454.

- (16) På kvalitet varierte poengsummen fra 0,4 til 0,3877. På pris var utslaget større, valgte leverandørs tilbud B fikk 0,6 poeng, tilbud A fikk 0,5996. Klager fikk 0,3515 poeng på pris. Totalprisen slo slik ut i tilbudene:

«Wireless Communication AS tilbud B: 52 694 109 kroner.

Zodiac (Avvist): 60 980 499 kroner

Zenitel Norway AS 95 108 187 kroner

Norakom 102 298 161 kroner»

- (17) Klager begjærte midlertidig forføyning for å avbryte kontraktsinngåelsen. I kjennelse av 14. mai 2019, konkluderte Oslo byfogdembete med at vilkårene for midlertidig forføyning var oppfylt.

- (18) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. mai 2019.

- (19) Innklagede anket tingrettens kjennelse. I kjennelse av 24. juni 2019 kom Borgarting lagmannsrett til at vilkårene for midlertidig forføyning ikke var oppfylt.

- (20) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 28. juni 2019.

- (21) Klager opprettholdt klagen til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved skriv datert 28. juni 2019.

- (22) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. mars 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (23) Valgte leverandør har levert et tilbud som inneholder avvik fra konkurransegrunnlagets krav K20, et «skal-krav». Skal-kravet i K20 omfatter radio og batteri samlet. Valgte leverandørs tilbud oppfylte ikke kravet, innklagede hadde derfor plikt til å avvise tilbudet, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b).

Uklart konkurransegrunnlag

- (24) Det anføres subsidiært at dersom krav K20 skal tolkes slik at det kun gjelder radioen uten batteri, hadde innklagede plikt til å avlyse konkurransen ettersom de har utformet et konkurransegrunnlag i strid med de grunnleggende prinsippene om klarhet og forutberegnelighet, jf. anskaffelsesloven § 4.

Saksbehandlingsfeil

- (25) Uavhengig av nevnte prinsipale og subsidiære anførsel har innklagede brutt de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 ved saksbehandlingsfeil knyttet til manglende testing av tilbydernes utstyr og manglende undersøkelse av valgte leverandørs unormalt lave tilbud.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (26) Det er enighet om at krav K20 var et minstekrav, og at eventuelt avvik ville innebære en avvisningsplikt. Innklagede bestrider at det foreligger avvik i valgte leverandørs tilbud. Temperaturkravet i K20 omfattet kun radioene, ikke batteriene.

Uklart konkurransegrunnlag

- (27) Innklagde bestrider at kravet i K20 var uklart, gitt at man legger til grunn en velinformert og normalt forstandig tilbyders perspektiv.

Saksbehandlingsfeil

- (28) Innklagede bestrider at det foreligger saksbehandlingsfeil.

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 inngåelse av rammeavtale for kommersielle kommunikasjonsradioer med tilbehør, installasjon, opplæring og vedlikehold til forsvarssektoren som er en vareanskaffelse med hoved-CPV-kode 32000000. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget estimert til 208 millioner kroner. 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (30) Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å påpeke at saken tidligere har vært gjenstand for behandling i to rettsinstanser, herunder gjenstand for umiddelbar bevisføring i tingretten, i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning. En slik forutgående behandling av saken i domstolene vil etter omstendighetene kunne gjøre saken uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda etter klagenemndsforordningen § 9.
- (31) I dette tilfellet er klagen sendt Klagenemnda for offentlige anskaffelser før lagmannsrettens kjennelse. Klager har for nemnda ikke kommentert lagmannsretten kjennelse utover at det blir presisert at klagen blir opprettholdt. Nemnda velger likevel å behandle klagen da lagmannsretten konkluderte i saken basert på interesseavveiningen etter tvisteloven § 34-1 (2). Klagenemnda påpeker for ordens skyld at situasjonen ville være en annen dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved dom i første instans, jf. klagenemndsforordningen § 6. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelser i sakene 2017/163, 2017/114, 2018/30 og 2017/117, premiss 52.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (32) Klager anfører at valgte leverandør har levert et tilbud som inneholder avvik fra konkurransegrunnlagets skal-krav K20 og skulle derfor vært avvist fra konkurransen.
- (33) Det følger av forordningen § 24-8 (1) bokstav b) at tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene skal avvises.
- (34) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at tilbud som ikke oppfylte alle skal-kravene ville bli avvist fra konkurransen. Klagenemnda er enig med partene i at et eventuelt avvik fra krav K20 ville innebære en avvisningsplikt.
- (35) Partene er uenige om temperaturkravet i K20 gjelder bare for radioene, eller for radio og batteri samlet:

«K20 Temperaturområde

Alle radioer skal fungere uten forringet ytelse -25°C to 55°C (Nordisk klima)»

- (36) Spørsmålet er hvilket innhold kravet nærmere bestemt har. Utgangspunktet for denne vurderingen er at kravet skal utformes på en klar og utvetydig måte, som gjør det mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å forstå det på samme måte, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/731, premiss 39 med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*. Borgarting lagmannsrett (LB-2019-85112) la samme utgangspunkt til grunn for sin vurdering.
- (37) Lagmannsretten fant at ordlyden, bransjepraksis, samt at en tolking av konkurransegrunnlagets krav K33 og K34, tilsa at kravene til batteriene var uttømmende regulert i disse kravene, måtte føre til at K 20 gjaldt radioen alene. Lagmannsretten la også vekt på at de øvrige leverandørene hadde levert tilbud i samsvar med en slik tolking av krav K20, samt at det var kjent at standardbatteriene til kommunikasjonsradioene tåler bruk ved lav temperatur. Etter lagmannsrettens syn tilsa heller ikke sammenhengen med andre krav i konkurransegrunnlaget en annen tolking.
- (38) Basert på dette fant lagmannsretten at kravet K20 måtte tolkes slik at kravet gjaldt for radioene, ikke radioene og batteriene sammen. Det forelå derfor ikke et avvik i valgte

leverandørs tilbud. Klagenemnda finner det tilstrekkelig å vise til lagmannsrettens vurdering av denne anførselen, som nemnda i det vesentlige kan slutte seg til.

- (39) Klagers anførsel fører med dette ikke frem.
- (40) I forlengelse av dette har klager subsidiært anført at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen ettersom de har utformet et konkurransegrunnlag i strid med de grunnleggende prinsippene om klarhet og forutberegnelighet, jf. anskaffelsesloven § 4.
- (41) Klagenemnda har i en rekke saker uttalt at konkurransegrunnlaget må utformes på en klar og utvetydig måte. Dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget utformes slik at det for en alminnelig aktsom leverandør fremstår som klart hva det skal leveres tilbud på og hvordan dette skal gjøres, og at konkurransegrunnlaget inneholder tilstrekkelige opplysninger til at leverandørene har et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-368/10 *Max Havelaar* og Rt. 2007 side 1489 *Byggholt*.
- (42) Basert på drøftelsen av om valgte leverandørs tilbud inneholdt et avvik fra kravet i K20, uttalte Borgarting lagmannsrett i forføyningssaken at «*de fleste tolkningsmomentene trekker i retning av statens tolkningsalternativ*», og videre at «*mye taler for at kravet i K20 var tilstrekkelig klart utformet*». Retten tok ikke endelig stilling til spørsmålet da det ikke var nødvendig for saken.
- (43) Basert på tolkningsmomentene gjennomgått over i premiss 35, mener klagenemnda at konkurransegrunnlaget er tilstrekkelig klart utformet.

(44) Klagers anførsel fører med dette ikke frem.

Saksbehandlingsfeil

- (45) Klager anfører at innklagede har opptrådt i strid med anskaffelsesloven § 4 ved to saksbehandlingsfeil som er begått.
- (46) Det følger av anskaffelsesloven § 4 at anskaffelsesprosessen skal være i samsvar med prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet. Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver må gjennomføre anskaffelsen i henhold til konkurransedokumentene og at leverandørene skal konkurrere på like vilkår.
- (47) Klagers anførsel er for det første knyttet til manglende testing av klagers innsendte utstyr. Det vises til at klagers innleverte testoppsett nummer (iii) - MotoTrbo LTE ikke har blitt testet.
- (48) Innklagede har forklart at nevnte innleverte system, var et system for relé-løsning som bygger på oppkobling med et LTE-modem. Innklagede etterspurte ikke en slik løsning, og klager hadde verken tilbudt eller prissatt løsningen i deres tilbud.
- (49) Klagers innsigelser har vært gjenstand for grundig behandling i lagmannsretten i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning. Lagmannsretten fant at det ikke var en feil ved saksbehandlingen av betydning for konkurransen, da det innleverte utstyret ikke var etterspurt av innklagde. Klagenemnda er enig i lagmannsrettens vurdering.

- (50) Klager har videre anført at innklagede brøt regelverket ved ikke å undersøke valgte leverandørs tilbud som følge av at det var unormalt lavt. Klagers anførsel er basert på at valgte leverandørs tilbud var nesten halvparten av de øvrige tilbydernes tilbudspris, og var unormalt lavt i forhold til estimert verdi. Det fremholdes at tilbudsprisen til leverandøren Zodiac AS ikke var et relevant sammenligningsgrunnlag, da dette tilbudet ble avvist fra konkurransen.
- (51) Det fremgår av forskriften § 24-9 (1) at dersom «*et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, skal oppdragsgiveren skriftlig kreve at leverandøren redegjør for tilbudets sammensetning*».
- (52) Spørsmålet blir hvorvidt tilbudet virker unormalt lavt i forhold til ytelsen i bestemmelsens forstand.
- (53) Klagenemnda har i tidligere avgjørelser lagt til grunn at spørsmålet må vurderes opp mot ytelsen som tilbys, jf. klagenemndas avgjørelse i blant annet sak 2018/150, premiss 18-24 med videre henvisninger.
- (54) Klagers innsigelser har vært gjenstand for grundig behandling i lagmannsretten i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning. Lagmannsretten fant at det ikke var en saksbehandlingsfeil at innklagede ikke foretok nærmere undersøkelser på grunn av valgte leverandørs pristilbud. Lagmannsretten la til grunn at Zodiac AS' tilbud var et relevant sammenligningsgrunnlag ved vurderingen av om valgte leverandørs tilbudspris var unormalt lavt. Grunnlaget for avvisningen av Zodiac AS' tilbud var feil i tilbudet som fremstod som ikke å ha nevneverdig betydning for prisen. Pristilbudet fra valgte leverandør framsto ikke som unormalt lavt sammenlignet med Zodiac AS' tilbud.
- (55) Heller ikke klagenemnda kan se at klagers anførsler gir holdepunkter for å konstatere at tilbudet virker unormalt lavt i forhold til ytelsen. Klagenemnda finner det på dette punkt tilstrekkelig å vise til lagmannsrettens vurdering, som nemnda i det vesentlige kan slutte seg til.
- (56) Klagers anførsel om saksbehandlingsfeil fører med dette ikke frem.

Konklusjon:

Forsvarsmateriell har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk