



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Krav til ytelsen. Avvisning av tilbud. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av et solcelleanlegg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved å rette et avvik i valgte leverandørs tilbud. Avviket skyldtes at konkurransegrunnlaget var uklart. På denne bakgrunn uttalte nemnda at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 30. januar 2020 i sak 2019/567

Klager: Sivilingeniør Carl Christian Strømberg AS

Innklaget: Sandnes Havn KF

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Kjersti Holum Karlstrøm og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Sandnes Havn KF (heretter *innklagede*) kunngjorde 14. juni 2019 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av et solcelleanlegg på taket av Strandgata 151 i Sandnes kommune. Anskaffelsens verdi ble estimert til 3 000 000 kroner.
- (2) I kravspesifikasjonen ble det stilt noen «*Generelle minimumskrav*». Det fremgikk at kravene var å anse som «*absolutte minimumskrav*». For hvert av kravene ble leverandørene bedt om å svare ja eller nei, og eventuelt gi en supplerende beskrivelse eller henviser til et vedlegg. Det ble videre presisert at «*tilbyder risikerer å bli avvist fra konkurransen ved å svare nei på et av punktene*».
- (3) Av relevans for saken er særlig følgende punkter:

«19. *Taket har forankringspunkter for fallsikring installert med jevne mellomrom, disse må godkjennes før de blir tatt i bruk. Disse er merket med røde sirkler på taket i den tekniske beskrivelsen*

[...]

30. *Total nominell effekt i kWp¹ skal være minimum 200 kWp. Det tas da utgangspunkt i panelets nominelle effekt, eksempelvis 285 Wp*

[...]

¹ kWp = Kilowatt peak.

33. *Solcellene må passe innenfor et område på 1.200m², som er tilgjengelig areal for plassering av solceller.*

Taket er omtrentlig 1.435 m² i areal

[...]

76. *Nødvendig godkjent sikringsutstyr for monteringen og arbeid på tak skal inkluderes i tilbudet [...]*».

- (4) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget bli tildelt tilbudet med lavest kostnad.
- (5) Innen tilbudsfristen 14. august 2019 kom det inn åtte tilbud, herunder fra Sivilingeniør Carl Christian Strømberg AS / Solcellespesialisten (heretter *klager*), Rønning Elektro AS, Solbes AS og Kverneland Energi AS.
- (6) På spørsmålet om oppfyllelse av kravspesifikasjonen punkt 30, om at den totale nominelle effekten skulle være minimum 200 kWp, hadde valgte leverandør svart «*Nei*». Innklagede ble her henvist til å lese tilbudets vedlegg 5 («*Leverandørens forbehold*») for en nærmere forklaring.
- (7) Av vedlegget fremgikk det at valgte leverandør ville benytte 1170m² av takflaten, som «*er innenfor tilgjengelig takflate [på 1200 m²]*». Det fremgikk videre at man mente det ikke ville være mulig å oppnå en effekt 200 kWp på den tilgjengelige takflaten:

«Krav til installert effekt på 200kWp og tilgjengelig takflate krever panel med mereffekt \geq 334Wp, noe som ikke kan løses med dagens teknologi og krav til kvalitet/garantitid».

- (8) I skriv datert 20. august 2019 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt Rønning Elektro AS (heretter *valgte leverandør*). Klagers tilbud var rangert som nr. 2 og tilbudet fra Solbes AS som nr. 3.
- (9) I brev av 4. september 2019 ble klagers tilbud avvist fra konkurransen. Avvisningen gjaldt klagers besvarelse av kravspesifikasjonen punkt 19 om forankringspunkter, og punkt 76 om at nødvendig sikringsutstyr skulle være inkludert i tilbudet. På spørsmål om oppfyllelse av krav nr. 19, hadde klager svart «*Ja*». I tilbudsbrevet var det gitt følgende merknader:

«Taksikring/fallsikringsutstyr

Kommentar: Prisen inkluderer personlig fallsikringsutstyr, gesimsgjerde, stillas og trappetårn iht. gjeldende regler. Det forutsettes at gesimsen er egnet for gesimsgjerdet.

MERK: Solcellespesialisten kan ikke kvalitetssikre forankringspunkt og det er derfor ikke inkludert i prisen».

- (10) Klager hadde også tatt forbehold mot kravspesifikasjonen punkt 76. I tilbudets vedlegg 5 («*Forbehold*»), sto det følgende:

- **«Krav 76:**

- *Det forutsettes at takgjerdet kan festes til gesimsen.*
- *Priskonsekvens: Ca. 62 000 kr eks. MVA».*

(11) Innklagede skrev på denne bakgrunn at:

«Dermed foreligger det motstrid i tilbudet deres, og vi har ingen grunnlag for å bedømme hvor mye dette vil koste oss. Dette utgjør da et forbehold som ikke er prissatt og ansees som et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene».

- (12) Den 6. september 2019 sendte innklagede deretter ut et nytt tildelingsbrev, hvor det fremgikk at klagers tilbud var avvist. Tilbudet fra Solbes AS var nå rangert som nr. 2 og tilbudet fra Kverneland Energi AS var rangert som nr. 3.
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 16. september 2019.
- (14) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse avventes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. januar 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, da det ikke oppfyller et av minimumskravene i konkurransegrunnlaget. Anleggets effekt skulle være minimum 200 kWp, noe valgte leverandørs tilbud ikke oppfyller.
- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.
- (18) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingsevalueringen. Det var uklart ut fra konkurransegrunnlaget om taket hadde en gesimskant, og klager tok derfor forbehold om dette. Innklagede la dette på prisen til tross for at bygget har en gesimskant.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Valgte leverandør har åpenbart misforstått punkt 30 i kravspesifikasjonen. Innklagede har rettet denne åpenbare feilen i tilbudet og lagt til merkostnadene.
- (20) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen. Det er motstrid mellom klagers tilbudsbrief og utfylt kravspesifikasjon punkt 19. Innklagede kan derfor ikke vurdere kostnadene på dette punkt, og tilbudet har derfor et vesentlig avvik, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (21) Innklagede har ikke brutt regelverket ved evalueringen. Innklagede har forholdt seg til informasjonen som fremkom av klagers tilbud, og vurdert det slik at forbeholdet ble gjort gjeldende.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av et solcelleanlegg. Anskaffelsens verdi er estimert til 3 000 000 kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 legger klagenemnda til grunn at anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

(23) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

(24) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».

(25) Av konkurransegrunnlaget fremgår det at solcellepanelene skulle ha en total nominell effekt på «*minimum*» 200 kWp. Kravet ble beskrevet som et av flere «*absolutte minstekrav*».

(26) Ordet «*minstekrav*» må normalt forstås som ufravikelige krav. Dette må i enda større grad gjelde for minstekrav som omtales som «*absolutte*». For potensielle leverandører er det naturlig å lese dette slik at tilbud som inneholder avvik fra disse kravene, vil bli avvist uten noen nærmere vurdering av avvikets størrelse eller betydning. Betegnelsene «*minstekrav*» og «*absolutte krav*» bør derfor forbeholdes krav som oppdragsgiver faktisk har ment at skal være ufravikelige, jf. klagenemndas sak 2013/139, avsnitt 30-31.

(27) Kravet om en effekt på minimum 200 kWp, må etter klagenemndas oppfatning forstås nettopp som et ufravikelig krav.

(28) Det er på det rene at valgte leverandør svarte «*Nei*» på om kravet var oppfylt. I vedlegg 5 til tilbudet («*Leverandørens forbehold*»), har leverandøren forklart at kravet ikke kan oppfylles med dagens teknologi. Av vedlegget går det frem at dette er basert på at netto tilgjengelig takflate er 1200 m².

(29) Det fremgikk av kravspesifikasjonen at solcellene måtte «*passe innenfor et område på 1.200m², som er tilgjengelig areal for plassering av solceller*». I forlengelsen av dette sto det at taket «*er omtrentlig 1.435 m² i areal*».

(30) Innklagede har forklart at valgte leverandør har misforstått kravspesifikasjonen på dette punkt. Meningen var ifølge innklagede at hele takflaten på ca. 1435 m² skulle være tilgjengelig for solcellepaneler, sikkerhetsavstander, sikkerhetssoner og annet utstyr – 1200 m² var det tilgjengelige arealet for selve solcellepanelene. Valgte leverandør har imidlertid tatt utgangspunkt i at solcellene med sikkerhetsavstander, sikkerhetssoner og annet utstyr, måtte passe innenfor et område på 1200 m².

(31) Slik klagenemnda ser det, er valgte leverandørs forståelse også den mest naturlige forståelsen av de aktuelle formuleringene i kravspesifikasjonen. Innklagedes intensjon, som var at hele takflaten skulle være tilgjengelig for solcellepanelanlegget, kan etter nemndas syn vanskelig utledes av kravspesifikasjonen.

- (32) Det er ikke tvilsomt at valgte leverandørs tilbud inneholder et avvik. Samtidig er det heller ikke tvilsomt at valgte leverandørs tilbud bygger på andre forutsetninger om tilgjengelig takflate enn de innklagede mente å kommunisere i kravspesifikasjonen. Under saksforberedelsen for klagenemnda er det brakt på det rene at også klagers tilbud bygget på en annen forståelse av kravspesifikasjonen enn det som var tilsiktet fra innklagedes side. Dette skyldes som nevnt de uklare formuleringene i kravspesifikasjonen punkt 33 om tilgjengelig areal.
- (33) Det manglende samsvaret mellom det innklagede mente å formidle og det leverandørene har forstått, har følgelig hatt betydning for utformingen av tilbudene. Etter klagenemndas syn er det ikke mulig å rette opp i dette innenfor de rammene som trekkes opp av likebehandlingsprinsippet. Det kan stilles spørsmål om det var åpenbart hvordan valgte leverandørs tilbud skulle rettes. For klagenemnda er det imidlertid tilstrekkelig å vise til at innklagedes fremgangsmåte ikke har tatt hensyn til at også klager tilbød solcellepaneler av særlig god kvalitet, fordi dette var den eneste muligheten å oppfylle kravet om en effekt på minimum 200 kWp på det arealet som klager forsto at var tilgjengelig. Den «rettingen» av valgte leverandørs tilbud som innklagede har foretatt, har av denne grunn ikke gjort klagers og valgte leverandørs tilbud sammenlignbare. Det har tvert imot ført til en situasjon hvor konsekvensene av valgte leverandørs misforståelse er avhjulpet, men hvor samme misforståelse fortsatt preger klagers tilbud.
- (34) Slik klagenemnda forstår saken, vil det eneste riktige være å avlyse konkurransen og kunngjøre en ny konkurranse med et tilstrekkelig klart konkurransegrunnlag.
- (35) På bakgrunn av dette resultatet finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers anførsel om brudd på regelverket ved evalueringen av klagers tilbud.
- (36) Foranlediget av partenes anførsler finner klagenemnda avslutningsvis grunn til å bemerke at også uklarheten i klagers tilbud om bruk av eksisterende fallsikringspunkter – som var bakgrunnen for at klagers tilbud ble avvist – skyldes uklarheter i kravspesifikasjonen. Det som i kravspesifikasjonen punkt 19 angis som et «*absolutt [...] minimumskrav*», må ut fra innklagedes egen forklaring være ment som et spørsmål til leverandørene om de hadde tenkt å benytte de eksisterende fallsikringspunktene eller ikke. Sammenhengen med den innledende merknaden om at «*[d]e generelle kravene er absolutte minimumskrav*» og at leverandørene «*risikerer å bli avvist fra konkurransen ved å svare nei på et av punktene*», gjør det imidlertid mer nærliggende å forstå dette som et generelt krav til fallsikring.
- (37) Bruddene på regelverket som klagenemnda har konstatert ovenfor kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforakriften § 13.

Konklusjon:

Sandnes Havn KF har brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag.

Sandnes Havn KF har brutt regelverket ved å rette et avvik i valgte leverandørs tilbud.

Klagers anførsel om brudd på regelverket ved evalueringen av klagers tilbud, er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk