



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for oppføring av et kalkdoseringsanlegg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klagers tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 4. mai 2021 i sak 2020/886

Klager: Sele Kalk AS

Innklaget: Valle kommune

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Kjersti Holum Karlstrøm og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Valle kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 25. mai 2020 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av kalkdoserer for Otra ved Nomeland. Anskaffelsens verdi var estimert til 3 millioner kroner. Tilbudsfrist var 19. juni 2020.
- (2) Det fremgikk av kravspesifikasjonen punkt 1 «*Hovedmål*» følgende:
«Hovedmålet for denne kalkdosereren er å bidra til å bedre vannkvaliteten for bleken (fisk) oppstrøms Byglandsfjorden, og sammen med andre tiltak i Blekeprosjektet bidra til en selvreproduserende Blekebestand.»
- (3) Det fremgikk videre av punkt 2 om «*Kalktype*»:
«Det forutsettes bruk av kategori 2 kalk med CaCO₃ innhold = 95 %»
- (4) Av punkt 4 fremgikk krav til siloen, her fremgikk det blant annet:
«Dersom det tilbys tørrkalk skal silo ha støvfilter som renses automatisk med trykkluft.»
- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Sele Kalk AS (heretter *klager*) og Franzefoss Mineral AS (heretter *valgte leverandør*). Det ble gjennomført dialog med begge leverandørene.
- (6) Ved brev datert 3. juli 2020 ble leverandørene orientert om at kontrakten var tildelt klager.
- (7) Valgte leverandør påklaget tildelingsbeslutningen 15. juli 2020 med prinsipal påstand om at tildelingsbeslutningen måtte omgjøres og kontrakt tildeles valgte leverandør.
- (8) På bakgrunn av klagen omgjorde innklagede tildelingsbeslutningen. Klagers tilbud ble avvist og valgte leverandør ble tildelt kontrakten.

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

- (9) Klager påklaget avvisningsbeslutningen 4. august 2020.
- (10) Innklagede besvarte klagen 17. september 2020 hvor de opprettholdt avvisningen med følgende begrunnelse:

«I klagen argumenteres det for at man må se hen til renhetsgraden i selve råstoffet når man vurderer produktet i forhold til hvorvidt kravet om minst 95% CaCO₃ innhold er oppfylt. Det er lagt ved uttalelser/vurderinger som understøtter klagers argumentasjon.

Oppdragsgiver vurderer det slik at selv om det tilbudte produktet også inneholder et råstoffet/virkestoff som oppfyller de tekniske beskrivelsene, så er det det tilbudte produkt som helhet som må vurderes opp mot beskrivelsen i kravspesifikasjonen. Kravspesifikasjonen beskriver hva som er ønsket produkt benyttet i kalkdosereren. Her stilles to krav: 1). Kategori 2 kalk, beskriver hvor finmalt faststoffet i Kalktypen er, og 2) CaCO₃ innholdet = 95%, setter krav til Kalktypens innhold av kalsiumkarbonat (CaCO₃).

Sele Kalk as tilbyr Biokalk 75 som kalktype. Det er kun faststoffandelen av Biokalk 75 som inneholder 95-97% karbonater. Totalt inneholder Biokalk 75, 27% vann jn produktinformasjon.

Det er produktet som helhet som må vurderes opp mot beskrivelsen i kravspesifikasjonen, slik å forstå at det er produktet Biokalk 75 som skal oppfylle kravene om 95% CaCO₃ innhold. Slik ordlyden i kravspesifikasjonen er, så åpner den ikke for at man kan ha en utvidet forståelse av beskrivelsen. Med mindre det er klare holdepunkter for annet er det vår vurdering at ordlyden må praktiseres etter sitt innhold. En utvidet tolkning utover det som konkret ligger i teksten vil kunne skape uklarhet om hvilke krav oppdragsgiver legger til grunn og uklarhet i selve konkurransen. Noe som ville vært i strid med anskaffelsesregelverket. Selv om Sele Kalk sin løsning ville kunne fungere til tross for at man anser produktet å falle utenfor beskrivelsens ordlyd, så vil man kunne tenke seg andre løsningsforslag som også er utenfor ordlyden i beskrivelsen og som ikke i praksis ville kunne fungere på en god måte. Som eksempel kunne man sett for seg et produkt levert med mye mer vann enn 25%. Man ville da måtte inn og vurdere det enkelte produkt sin funksjonalitet for å se om dette kvalifikasjonskravet var oppfylt. Herunder ville driftskostnader og øvrige praktiske forhold som utløses av alternative løsninger måtte vurderes. Dette er det ikke lagt opp til i ordlyden. Å åpne for en utvidet forståelse av ordlyden, for å inkludere Sele Kalk etter en funksjonalitetsvurdering som et tilleggskriterium, vil etter vår vurdering ikke være forenelig med ordlyden i kvalifikasjonskravet slik det var benyttet i konkurransen.

Etter en fornyet vurdering har vi konkludert med at vi må praktisere en anvendelse av kvalifikasjonskravet på en måte vi har forståelse for at oppfattes som streng. Imidlertid er det denne som er i overenstemmelse med den ordlyden som vi faktisk har benyttet i konkurransen. Av den grunn opprettholdes konklusjonen om at produktet må anses å avvike fra det absolutte kvalifikasjonskravet og må avvises.»

- (11) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 9. oktober 2020.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. oktober 2020.
- (13) Nemdsmøte i saken ble avholdt 3. mai 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Avvisningen av klager er på feil grunnlag. Klagers tilbudte produkt oppfyller kravspesifikasjonens krav. Kravet « $CaCO_3 = 95\%$ » betegner renheten i kalken, altså kalkråstoffet.
- (15) Klager krever full erstatning for tapte nettoinntekter ved bygging av doseringsanlegg, og i tillegg tapte nettoinntekter for produktet som skulle vært levert over anleggets levetid, som er vurdert til å strekke seg over et par tiår.
- (16) Subsidiært skulle begge leverandørenes tilbud blitt avvist som dersom kravet skulle være gjeldende på produktet som helhet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Klagers tilbudte produkt som helhet avviker fra beskrivelsen i kravspesifikasjonen. Kravspesifikasjonen stiller to krav til ønsket produkt benyttet i kalkdosereren: Kategori 2 kalk, som beskriver hvor finmalt faststoffet i kalktypen er, og $CaCO_3$ innholdet = 95 prosent, som setter krav til kalktypens innhold av kalsiumkarbonat ($CaCO_3$). I klagers tilbudte produkt er det kun faststoffandelen som inneholder 95-97 prosent karbonater. Totalt inneholder produktet 27 prosent vann. Produktet avviker fra det absolutte kravet stilt og må derfor avvises.
- (18) Når det gjelder tildeling av kontrakt, er tildelingen gjort til eneste leverandør som ble kvalifisert etter kriteriene gitt i konkurransegrunnlaget, og det skulle ikke være grunnlag for å påklage denne.
- (19) Det er ett ubestridt fakta at tørrkalken som leveres til valgte leverandørs anlegg, ikke inneholder vann ved leveringstidspunktet. Valgte leverandørs tilbud inneholder derfor ikke et avvik.
- (20) Leveranse av kalk til anlegget har ikke vært en del av denne konkurransen, og et slikt innkjøp vil ikke gjennomføres av innklagede. Vi antar at spørsmålet om innklagede er erstatningspliktig ikke besvares av klagenemnda.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av kalkdoseringsanlegg som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 3 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (22) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klagers tilbud med den begrunnelse at tilbudet ikke oppfyller kravet til angitt kalktype.
- (23) Det følger av forskriften § 9-6 (1) bokstav b) at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene».

- (24) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver – ved å akseptere tilbudet – ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten, inkludert kravspesifikasjonen, jf. blant annet lagmannsrettens avgjørelse i sak 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 §§ 9-1 (2) og 8-4 (3).
- (25) Utgangspunktet for vurderingen av hvordan kravet skal forstås, 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, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*, avsnitt 44.
- (26) Under overskriften «*Kalktype*» fremgikk følgende av kravspesifikasjonen:
- «Det forutsettes bruk av kategori 2 kalk med CaCO₃ innhold = 95 %»*
- (27) Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, henviser prosentandelen til hvor mye kalsiumkarbonat (CaCO₃) kalken består av, altså renhetsgraden til kalken.
- (28) Innklagede har anført at det er det tilbudte kalkproduktet som helhet som må vurderes opp mot beskrivelsen i kravspesifikasjonen – ikke bare kalkstoffet i produktet.
- (29) Klagenemnda er ikke enig i dette. Under «*krav til silo*» fremgikk det blant annet at «*[d]ersom det tilbys tørrkalk*», skulle silo ha støvfilter som renses automatisk med trykkluft. I formuleringen ligger det en klar indikasjon på at leverandørene stod fritt til å tilby andre løsninger enn tørrkalk. Det var ikke fastsatt krav til form på det endelige kalkproduktet. Klagenemnda mener derfor at forutsetningen om 95 prosent innhold av CaCO₃ i kalken henviser til kvaliteten på kalkstoffet som benyttes i det endelige produktet – uavhengig av om dette produktet er tørt eller vått.
- (30) Når klager har tilbudt en kalktype som inneholder 95 til 97 prosent CaCO₃ – og produktet som helhet inneholder 27 prosent vann – har klager tilbudt et produkt som svarer til innklagedes forutsetninger i kravspesifikasjonen.
- (31) Klagers tilbud inneholdt etter dette ikke avvik fra anskaffelsesdokumentene. Innklagede har dermed brutt forskriften § 9-6 (1) bokstav b) ved å avvise klagers tilbud.
- (32) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert ovenfor, har påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (33) Klagenemnda har ikke funnet grunn til å uttale seg om vilkårene for at klager kan kreve erstatning er oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12.

Konklusjon:

Valle kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klagers tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk