



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

I en anskaffelse av en rekke lysarmaturer var det uklart hvilke minstekrav som skulle oppfylles med hensyn til kvalitet og design. Kravspesifikasjonen viste til visse funksjonskrav, men la til □for eksempel□ etterfulgt av produktnavn □eller tilsvarende□. Klagenemnda la til grunn at to av leverandørene leverte tilbud med avvik i forhold til kvalitet og design. Avvikene hadde imidlertid ubetydelig effekt på anskaffelsens samlede pris, kvalitet og leveringstid. Det var da ikke plikt til å avvise tilbudene. Avvikene i tilbudene skulle heller ikke trekkes inn i evalueringen og prissettes, siden avvikene ikke oppfylte formkravene i forskriftens § 8-6 (1). Det forelå brudd på forhandlingsforbudet i § 9-1, uten at dette fikk betydning for utfallet av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 12. januar 2004 i sak 2003/219

Klager: Fagerhult AS

Innklaget: Sykehuset i Vestfold HF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Spørsmål om avvisning av tilbud som følge av avvik fra kravspesifikasjon. Formkrav for avvikende tilbud og plikt til å prissette avvik. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Bakgrunn:

Sykehuset i Vestfold HF (heretter kalt ☐ innklagede ☐ eller ☐ SiV ☐) kunngjorde 19.5.2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av innvendige byggearbeider. Tvisten gjelder delentreprise 6.4.002 under elektro ☐ Belysningsutstyr.

I kunngjøringen fremgikk det at alternative tilbud ville bli tatt i betraktning, uten at det var angitt nærmere minstekrav som alternative tilbud måtte oppfylle. Av konkurransegrunnlaget for delentreprisen elektro ☐ Belysningsutstyr fremgikk det at:

☐ Dersom tilbyder ønsker å tilby alternative løsninger/produkter, kan dette gjøres i eget følgeskriv.

En forutsetning er at forespørselen er besvart og at alternativet er et supplement.

Ønsker tilbyderen å tilby produkter av et annet fabrikat, skal dette fremkomme i denne posten.

Tilbud med kun priset alternativ vil ikke bli akseptert med mindre dette er skriftlig godkjent på forhånd. Det skal angis hvorfor alternativ løsning foreslås og hva som avviker fra forespørselen.

Eventuelle avvik i funksjon skal angis.

Event. Kostnadskonsekvens ved å nytte alternativer må fremgå (spesifiseres pr post/armaturtype)

☐

Enkelte armaturer skal monteres i sammen med eksisterende armaturer fra forrige byggetrinn, event. Er valgt ut en helt spesiell armatur. Her aksepteres kun tilbud på spesifisert armaturtype/farge. Forøvrig er nyttet ☐ som type xxx eller tilsvarende ☐ der leverandøren kan tilby sine egne ☐ tilsvarende ☐ produkter ☐

I flere av postene i konkurransegrunnlaget var det angitt hvilke størrelser og krav til wattstyrke som skulle prises i tilbudet. I andre poster var det i tillegg tilføyd ☐ f. eks. ☐ med påfølgende angivelse av et bestemt fabrikat eller type. For noen andre poster var det oppgitt fabrikat/type ☐ eller tilsvarende ☐.

Under post 442.02.1 ☐ Takarmaturer, innfelt ☐ var det for en del av postene i tillegg til beskrivelse av tekniske krav til armaturene, gitt som eksempel ☐ Louis Poulsen AH System 300 Matt ☐.

Det ble levert inn tre tilbud, herunder fra Fagerhult AS (heretter kalt ☐ klager ☐). I telefaks av 4.9.2003 til de to andre leverandørene, Glamox ASA og Luxo Norge AS, ble det bedt om en rekke avklaringer av deres tilbud. I telefaksen var det vedlagt en liste med ☐ de forbehold og de poster i beskrivelsen der oppdragsgiver har spørsmål knyttet til. Spørsmålene er i hovedsak formulert på en slik måte at de kan besvares med Ja/Nei. ☐ Fagerhult fikk ingen tilsvarende henvendelse, angivelig fordi de lå såpass langt over de to andre i pris, at de allerede på dette tidspunkt ble sett på som en lite aktuell leverandør.

I telefaksen til Luxo ble det tatt opp ialt 19 punkter hvor innklagede hadde behov for avklaring. To av punktene skal nevnes her:

☐ Pkt. 2 ☐ - Er tilbudet inkl. levering av adressebrikke? Hva blir prisen dersom brikken leveres av andre(jnf. Beskrivelsen pkt. 442.4.20)?

☐

Pkt.112 Armaturer til bruk i Dagligstuer, Møterom etc(post 442.02.1.3-.11).

- Nevnte armaturer er tilbudt i en noe enklere utførelse enn beskrevet/ønsket. Luxo kommer med forslag til løsninger/alternativer. ☐

Pkt. 2 i spørsmålsskriftet skyldes at det i konkurransegrunnlagets post 442.4.20 fremgår at adressebrikker skulle inngå i en annen entreprise, nemlig el. entreprisen 6.4.001. Som svar på telefaksen skrev Luxo tilbake

☐ Pkt.2:

Prisene på produkter som det står m/adressebrikker har dette priset inn i produktet. Dette gjelder for postene nedenunder.

☐

Hvis vi skal trekke ut adressebrikkene fra våres tilbud blir prisene som følger: [etterfulgt av nye priser for til sammen 23 poster]

☐

Pkt. 112:

Alternative tilbehør og priser post 442.02.1.3-.11:

Med et tillegg på Kr. 200,- per armatur kan vi levere de samme armaturene og tilbehør i krommet eller børstet stål utførelse. Dette gir med en gang en høyere standard på armaturene.

Nye priser etter påslag: ☐ ☐

I telefaksen til Glamox ble det tatt opp i alt 39 punkter. Herfra nevnes følgende to:

☐ *Pkt. 104 Armaturer til bruk i Dagligstuer, Møterom etc(post 442.02.1.3-.11).*

- *Nevnte armaturer er tilbudt i en noe enklere utførelse enn beskrevet/ønsket.*

Glamox kommer med forslag til løsninger/alternativer.

Pkt. 123 Post 442.02.3.7. Tilbudt: ☐Mini gamma☐. Skal være en sirkulær armatur for bruk i samme rom/himling hvor det er tilbudt GCN 18. Tilbud på en tilsvarende, men mindre armatur imøtesees. ☐

I Glamox ☐ besvarelse sies for disse punkters vedkommende:

☐ *Pkt. 104 ☐ Vi har sjekket priser på beskrevet utstyr og fabrikat og vil ikke benytte det, men har satt i gang en prosess hos vår fabrikk Høvik Lys og Glamox Fabrikker for å ta frem en ny dekor som tilfredsstiller funksjon og design i beskrivelsen, uten at det skal være ☐plagiat☐ av beskrevet fabrikat. Våre tilbudte enhetspriser gjelder.*

☐

Pkt. 123 □ Her har GLAMOX misforstått valg av type. Etter samtale med GB tilbyr vi HØVIK CASA 16 113 HF HVIT BAFFEL. Enhetspris pr stk 360,- Produktblad ligger i katalog merket pkt123. □

I SiVs innstilling for valg av tilbud datert 15.9.2003 fremgår det blant annet at:

□□ Til Glamox's sin fordel kan i tillegg nevnes at de i noen posisjoner ikke har tilbudt en konkret armatur, men □ som beskrevet □ (vi har i beskrivelsen for disse posisjoner ikke vist til en konkret armatur, men omtalt design, farge, dimensjon, bestykning etc.). Med dette oppfatter vi at de har tatt høyde for en armatur som kan utvikles i samarbeid med PG.

I tidligere oversendt sammenstillingstabell kan det synes som om Luxo har priset adressebrikker i ledelysarmaturene, selv om disse skal leveres av El.entreprenør i entreprise 6.4.001. Dette er bekreftet i svar på avklaringsnotatet fra Luxo og beløp for dette er trukket ut i henhold til oppstilling fra Luxo. Tilsvarende er det for Luxo lagt til et beløp for levering av Auralight lyskilder, da disse i enkelte poster tilbød Osram(sistnevnte oppfyller ikke krav til levetid stilt i tilbudsforespørselen).

□

For armaturer til bruk i Dagligstuer, Møterom etc(post 442.02.1.3.-.11) har Fagerhult tilbudt den armaturen(fra Louis Poulsen) som er nevnt som eksempel i forespørselen. Både Glamox og Luxo har her tilbudt en noe enklere armatur. Disse armaturene er blant de vi vil foreslå □ oppgraderes □ noe. Vi anbefaler at en kommer tilbake til dette etter en gjennomgang av tilbudte armaturer med ARK, på et senere tidspunkt.

□

Det vurderes ikke å bli omfattende tillegg for entreprisen. Basert på tidligere erfaring anbefales at det avsettes ca 10% av kontraktsbeløpet til uforutsett. I tillegg anbefales avsatt ca 100.000,- for □ oppgradering □ av den del armaturer □.

I redegjørelse av 2.10.2003 fra innklagedes rådgiver for prosessen fremgår det blant annet:

□ Normalt når en får inn tilbud vil det være aktuelt at en sammen med ARK ønsker å gå igjennom tilbudet i detalj slik at en kan endre avskjerming eller type armatur dersom disse av designmessige årsaker ikke synes å passe til prosjektet/ikke tilfredsstille beskrivelsen. Slik er også tilfelle her, hvor vi i vår første utgave av innstillingen foreslo å tillegge de to rimeligste tilbyderne (Luxo og Glamox) kr 300.000.- eks mva hver (jmf. E-notat E-53.108 av 29.8.03) for å oppgradere enkelte armaturer slik at tilbudene ble sammenlignbare med den dyreste (Fagerhult). Fagerhult sitt tilbud var bl. a. basert på armaturer fra Louis Poulsen i enkelte poster hvor disse var nevnt som eksempel. Etter tilbakemelding fra avklaringer for Glamox og Luxo ble tilleggene her endret til henholdsvis kr 100.000.- og 200.000.- (rev. E-notat E-53.108 av 10.9.03). Deretter fikk vi fra BH beskjed om at det i karactersettingen ikke skulle tillegges noe beløp for oppgradering av armaturer, men nyttes innkomne tilbudssummer, kun korrigert for opplagte regnefeil. Vi ga beskjed om at vi ikke var enig i prinsippet, da dette gjorde at en etter vår mening ikke la sammenlignbare tilbud til grunn for vurderingen. E-notat E-53.108, revidert 15.9.03 i henhold til krav fra BH ble deretter lag til grunn for den nye innstillingen. For orden skyld har vi gått tilbake i våre notater og finner at prisdifferansen mellom Glamox og Fagerhult slik det fremkommer i vårt E-notat E-53.108 er som følger: -Utgave 29.8.03 (med tillegg på 300.000.- for Glamox): Fagerhult er kr 249.803.- dyrere. -Utgave 15.9.03: Fagerhult kr 624.803.- dyrere enn Glamox. □

Innklagede har etter dette innstilt på valg av Glamox som leverandør.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

Innklagede pliktet å avvise tilbudene fra Glamox og Luxo fordi disse ikke oppfylte kravene til de angitte spesifikasjoner/utstyr □ eller tilsvarende □. De angitte eksempler må anses som minimumskrav, dvs at det må tilbys likeverdige eller bedre produkter dersom konkurransevilkårene skal kunne sies å være forutsigbare og gi grunnlag for likebehandling av tilbyderne. Forskjellen på de ulike produktene består i hvor mye lys de gir i forhold til tilført energi (virkningsgrad). Dersom virkningsgrad ikke hadde betydning, burde dette vært opplyst slik at klager kunne tilbudt likeverdige produkter som de produkter Glamox og Luxo har tilbudt. En reduksjon i virkningsgrad på 25 □ 30% har stor betydning for pris.

Klager fikk ikke være med på noen avklaringsrunde etter anbudsåpning. De tekniske avklaringer med Glamox og Luxo i ettertid var så omfattende at dette må være i strid med forhandlingsforbudet. Det ble stilt over 25 spørsmål hvor mange omhandler forhold som har direkte innvirkning på tilbudene, og dette kan ikke være tillatt i henhold til loven.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Det anføres at dokumentasjonen av anbudsprosessen viser at konkurrentene til Fagerhult ikke har fått anledning til å supplere tilbudene i forhold til manglende priser etter tilbudsåpning. Det er foretatt skriftlige avklaringer av uklarheter i tilbudene. Det er riktig at det er innhentet enhetspriser på enkelte produkter/oppgraderinger som ikke var beskrevet i tilbudene. Det er imidlertid ikke tatt hensyn til disse prisene i innstillingene. Avklaringene har ikke medført en annen rangering av tilbyderne enn det som fulgte av de opprinnelige tilbudssummene.

I tilbudssummen fra Luxo er det gjort et fradrag på kr. 278.459,-. Dette skyldtes fradrag for adressebrikker i ledelysarmatur, som skulle leveres av el. entreprenør i entreprise 6.4.001. Det er videre gitt et tillegg på kr. 7.850,- for lysrør av Longlife type fra hovedleverandøren i de effekter som ikke tidligere var oppgitt. I tilbudssummen fra Fagerhult er det gitt et tillegg på kr. 18.189,- for en post som ikke er tilbudt. Det er da benyttet et tilbudt alternativ til den posten som er oppgitt i deres tilbud.

Korrigeringen av tilbudssummene har ikke medført en annen rangering av tilbyderne enn det som fulgte av de opprinnelige tilbudssummer.

Når det i konkurransegrunnlaget ble benyttet "f. eks." eller "tilsvarende", var formålet å gi tilbyderne et egnet referanseprodukt fordi det ellers kan være komplisert å beskrive en armatur med design og tekniske krav. Ved å oppgi slike eksempler får oppdragsgiver på en enkel måte gitt uttrykk for hva slags løsning man har tenkt seg. De absolutte krav som var stilt til produktene, var uttrykkelig beskrevet i tillegg. Der nevnes f. eks. type/antall av lyskilder, spesiell tetthetsklasse der dette er aktuelt (bad, utomhus etc.), innfellingsmål, maksimal byggehøyde, farge, tetthetsklasse, etc. Andre steder i beskrivelsen er stilt strenge krav til overflater som er lette å rengjøre. Virkningsgrad er det ikke sagt noe om i beskrivelsen.

Det er produktets helhet som må være avgjørende når det skal vurderes om det er "tilsvarende" referanseproduktet. Referanseproduktene vil ha enkelte kjerneegenskaper som må oppfylles. Krav til effekt/lysstyrke, antall lyskilder og hovedtrekkene i utformingen er eksempler på kjerneegenskaper som må være oppfylt for at produktet skal være "tilsvarende". Det er lagt til grunn fra RIE at produktene fra samtlige tilbydere oppfylte disse kjerneegenskapene og vurderes å være "tilsvarende" referanseproduktene.

Virkningsgrad er ikke en kjerneegenskap ved de oppgitte referanseproduktene. I dette tilfellet er det hverken stilt krav til virkningsgrad på de produktene som skulle tilbys, eller til dokumentasjon for virkningsgrad. Det medfører at det ikke var grunnlag for å avvise de leverandører som har tilbudt produkter som ikke har tilsvarende virkningsgrad som referanseproduktet.

Det følger av en naturlig forståelse av konkurransegrunnlaget at det ikke ville bli lagt avgjørende vekt på produktenes virkningsgrad. Klager bærer selv risikoen for sin egen forståelse av konkurransegrunnlaget. Det kan synes som om klager har lagt den tilsvarende forståelsen til grunn siden de ikke har dokumentert virkningsgraden for alle produkter som er tilbudt.

Det kan under enhver omstendighet ikke oppstilles et generelt krav om at produktet skal være tilsvarende eller bedre på alle områder. Innklagede anfører å ha lagt til grunn en riktig forståelse av uttrykket "eller tilsvarende" ved evalueringen av de enkelte produkter.

Ved en anskaffelse av denne størrelse har man i tillegg vurdert helheten i leveransen. Det kan være at noen armaturer ikke oppfyller de beskrevne krav, men at man ut fra en totalvurdering av de tilbudte produkter allikevel ikke finner grunnlag for å avvise leverandøren. I en så omfattende og sammensatt anskaffelse er oppdragsgiver ikke forpliktet til å avvise en leverandør på grunn av at enkelte av de tilbudte produktene ikke oppfyller samtlige av referanseproduktets egenskaper.

Dersom det ikke er anledning til å vurdere helheten av anskaffelsen i tillegg til produktene, vil man ved slike anskaffelser i svært stor utstrekning måtte avvise samtlige leverandører utenom den som tilbyr referanseproduktene. En slik forståelse av uttrykket "eller tilsvarende" vil medføre en favorisering av enkelte produsenter fordi oppdragsgiverne ikke vil påta seg risikoen ved å beskrive produkter fra forskjellige produsenter. På bakgrunn av dette anføres det at uttrykket "eller tilsvarende" må tolkes utvidende, slik at man ut fra helheten i en omfattende og sammensatt anskaffelse kan akseptere at enkelte produkter ikke oppfyller referanseproduktenes kjerneegenskaper.

Det var dermed ikke grunnlag for å avvise tilbudene fra Luxo og Glamox fordi de ikke oppfylte produktkravene i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder varer og overstiger terskelverdiene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning som følge av avvik fra kravspesifikasjonen

Angivelsen av funksjonskrav, etterfulgt av merkenavn og betegnelsen □ for eksempel □. eller tilsvarende □ har i den foreliggende sak skapt uklarhet med hensyn til hvilke krav produktene skulle oppfylle. Klagenemnda finner at det som følge av denne uklarheten kan stilles spørsmålsteget ved om kravspesifikasjonen er i samsvar med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5. Dette er imidlertid ikke anført av klager, og klagenemnda finner derfor ikke grunn til å komme nærmere inn på dette.

Som følge av at kravspesifikasjonen kan oppfattes som uklar, mener klagenemnda at innklagede må ha et visst skjønn i vurderingen av om det forelå materielle avvik som måtte føre til avvisning, eller om avvikene hadde ubetydelig effekt på den samlede anskaffelsens pris, kvalitet og levering, slik at man kunne se bort fra dem.

Siden avvikene i tilbudene ikke var spesifisert og beskrevet på en slik måte som formkravene i forskriften § 8-6 (1) krever, er klagenemnda av den oppfatning at det under ingen omstendighet var adgang til å prissette avvikene. Innklagede har valgt å akseptere tilbudene, uten å gi noe pristillegg i evalueringen. Avvikene i tilbudene er derfor rent faktisk ikke håndtert som avvik etter forskriften § 8-6 (1).

Klagenemnda finner i den foreliggende sak ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering på dette punktet. Kravspesifikasjonen var ikke helt klar. I tillegg er avvikene prismessig anslått til mellom kr. 100.000 og 300.000, fordelt på en rekke produkter. Anskaffelsens samlede verdi er på over 5 mill. kr, med mange enkeltprodukter med ulike krav til kvalitet, funksjon og design. De konkrete avvikene i tilbudene fra Glamox og Luxo hadde derfor ubetydelig effekt på anskaffelsens samlede pris, kvalitet og levering.

Klagenemnda er da av den oppfatning at innklagede ikke hadde plikt til å avvise tilbudene fra Glamox og Luxo.

Brudd på forhandlingsforbudet

Det neste spørsmålet er om det forelå brudd på forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Utgangspunktet er at det i en anbudskonkurranse ikke er tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre dem gjennom forhandlinger, jf forskriften § 9-1(1). På den annen side har oppdragsgiver adgang til å innhente nærmere opplysninger for å få klarlagt uklarheter etter § 9-1(2). Antallet spørsmål i en slik avklaringsrunde er i prinsippet uten betydning; det er

spørsmålenes art som avgjør om man går over grensen for det som må karakteriseres som forhandlinger.

De langt fleste av de spørsmål som er stillet til Luxo og Glamox i telefaksene av 4.9.2003, må sies å være av avklarings-typen, dvs spørsmål stilt med henblikk på å få oppklart, presisert eller supplert tilbudenes innhold uten at dette ville føre til forskjellsbehandling . Det er imidlertid også på det rene at både Luxo og Glamox i denne ekspedisjonen etter anbudsåpningen uttrykkelig ble bedt om å gi alternative løsninger og priser for postene 442.02.1.3-.11. Glamox ble også bedt om alternativ løsning og pris for post 442.02.3.14. Det forhold at leverandørene fikk anledning til å endre de produkter som ble tilbudt etter anbudsfristens utløp, er et brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1. Det er imidlertid ikke tatt hensyn til denne endring ved evalueringen av anbudene. Denne feilen har derfor ikke hatt noen betydning for resultatet av konkurransen.

Konklusjon:

Sykehuset i Vestfold har brutt forbudet mot forhandlinger i forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (3) ved å be to av leverandørene om å endre produktsammensetningen i sine tilbud etter anbudsåpning.

Feilen antas ikke å ha hatt betydning for utfallet av konkurransen.

For klagenemnda,

Björg Ven

12.1.2004