



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om engangskjøp av blant annet agarkoker. Klagenemnda kom til at konkurransegrunnlaget måtte forstås slik at det satte minstekrav til at agarkokeren skulle ha løs innerkjele. Tilbud med agarkoker uten løs innerkjele skulle derfor ha vært avvist. Klager tilbød agarkoker med løs innerkjele. Ca. en måned etter at tildeling hadde funnet sted, anførte innklagede at klagers tilbud skulle ha vært avvist. Klagenemnda kom til at det ikke forelå noe vedtak om avvisning og at det ikke var tilstrekkelig at innklagede påberopte seg retten til å avvise tilbudet på et så sent stadium.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2005 i sak 2004/291

Klager: Norske Laboratorieleverandørers forening

Innklaget: Ullevål universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder:

Tolkning av konkurransegrunnlag. Minstekrav. Avvisning.

Bakgrunn:

- (1) Ullevål Universitetssykehus (heretter kalt innklagede) utlyste 6 april 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende engangskjøp av agarkoker, skålefyllemaskin og to skålemerkemaskiner samt kjøp av forbruksmateriell med varighet på to år med opsjon på forlengelse i ytterligere ett år, jfr. konkurransegrunnlagets punkt 5.

- (2) Av konkurransegrunnlagets punkt 7 fremgår det blant annet:

”Det kan leveres tilbud på hele eller deler av den forespurte anskaffelsen. Hver forespurte maskin skal prissettes for seg. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å velge én eller flere leverandører for denne anskaffelsen dersom det er hensiktsmessig ut fra pris, kvalitet og/eller brukervennlighet. Dersom dette endrer leverandørens prisfastsettelse av produktene, må dette spesifiseres i tilbudet.

(...)

Dersom det finnes alternative varianter eller løsninger til utstyret, må dette presiseres og prissettes.”

- (3) Det var fastsatt generelle krav til utstyret som skulle leveres. For agarkokeren fremgår det blant annet:

”j) Vekt på hele agarkokeren og på innerkjelen/mediebeholderen må angis. Pris på ekstra innerkjeler må oppgis. Innerkjelen må kunne vaskes i vaskemaskin. Utvendige mål på innerkjelen angis.

(...)

m) Agarkokeren og alt tilhørende utstyr må være enkel å rengjøre. Dette må beskrives i tilbudet.”

- (4) I tillegg til leveranse av utstyr, etterspurte innklagede tilbud på forbruksmateriell og service- og vedlikeholdskontrakt. I konkurransegrunnlagets punkt 7.2 b) var det bedt om betingelser på forbruksmateriell og slidedeler og reservedeler. Det fremgikk at leverandørene skulle vedlegge en liste over forbruksmateriellet som vil inngå i rammeavtalen.

- (5) Av konkurransegrunnlagets vedlegg 2 er det angitt om service- og vedlikeholdskontrakten:

”Tilbyder bes om å levere tilbud på de tre alternativer til service- og reparasjonskontrakt som er skissert nedenfor. Hvis tilbyder ser ytterligere aktuelle løsninger for denne type kontrakter, kan disse skisseres som egne alternativer, og vil bli vurdert på lik linje med de øvrige.”

- (6) Alternativene som skulle skisseres var følgende:

- alternativ 1: forebyggende vedlikeholdskontrakt,
- alternativ 2: servicekontrakt
- alternativ 3: full servicekontrakt som inkluderer vedlikeholds- og servicekontraktene beskrevet i alternativ 1 og 2 og hvor reservedeler er inkludert.

- (7) Tildeling skulle skje i henhold til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet hvor kriteriene i uprioritert rekkefølge var:

”

- *Pris*
 - *Det vil gjøres en totalvurdering av kostnader, der man ser samlet på prisen for utstyret, de viktigste delkostnader knyttet til den daglige drift, samt service- og vedlikeholdskostnader*
- *Kvalitet*
- *Kapasitet*
- *Servicegrad og responstid*
- *Brukervennlighet, inkl behov for tilsyn og innsats fra bioingeniør*
- *Behov for vedlikehold, både gjort av Oppdragsgiver og utført av serviceingeniør*
- *HMS*
- *Erfaringer fra eventuelle demonstrasjoner av utstyret*

- *Garantier*
- *Behov for opplæring*
- *Leveringsbetingelser*
- *Referanser og uttalelser*
- *Kvalitetssikring/sertifisering*”

(8) Innen tilbudsfristen 12. mai 2005 innleverte seks leverandører tilbud. Samtlige leverandører ble ansett for å være kvalifisert. Tre av leverandørene leverte tilbud på agarkokeren. To av disse leverandørene var AS E. Pedersen & Sønn og VWR International AS. AS E. Pedersen & Sønns tilbud var på totalt kr. 566.600 eks. mva., hvorav agarkoker var tilbudt til kr. 295.000 eks. mva., mens VWR International AS’ tilbud var på totalt kr. 539.950 eks. mva., hvorav agarkokeren utgjorde kr. 269.140 eks. mva.

(9) I tilbudet til AS E. Pedersen & Sønn fremgår det om forbruksmateriell og vedlikehold og reparasjoner:

”Forbruksmateriell

Utstyret har ikke behov for mye forbruksmateriell. Fyllemaskinen har behov for utskifting av fylleslanger når disse blir slitt. Merkemaskinen krever påfylling av blekk og tynner. Agarkokeren har behov for papir og fargebånd til skriveren.

Vedlikehold og reparasjoner

(...)

Vår erfaring med det tilbudte utstyret og avstanden mellom vårt verksted og Ullevål Sykehus, tilsier at en servicekontrakt vil koste mer enn vanlig service utført etter regning ved behov. Avdelingen har selv mange års erfaring med servicekostnadene på vårt utstyr.

En årlig servicekontrakt som dekker deler og arbeid vil normalt beløpe seg til 8% av utstyrets innkjøpstkostnad.”

(10) I AS E. Pedersen & Sønns tilbud er det videre oppgitt priser på følgende forbruksmateriell:

- Tappesett for fyllmaskin
- Sett med blekk/tynnere for merkemaskin
- Printerpapir for agarkoker
- Fargebånd for agarkoker
- Ekstra muttere for tappeslange

(11) Av et internt evalueringsnotat hos innklagede fremgår det at VWR International AS har tilbudt en agarkoker med fast innerkjele. AS E. Pedersen & Sønn tilbød en agarkoker med løs innerkjele. AS E. Pedersen & Sønn opplyste ikke om utvendige mål på innerkjelen og om den kunne vaskes i vaskemaskin. Videre fremgår det at AS E. Pedersen & Sønn ikke har oppgitt priser på deler eller gitt tilbud på alternativ 1 og 2 for servicekontrakten. Om alternativ 3 er det angitt:

"Alt 3 angitt til ca 8% av utstyrets innkjøpskostnad (utgjør ca 23.600 kr eks mva kun for agarkroken)."

- (12) Innklagede valgte å tildele kontrakt til VWR International AS. Dette ble meddelt AS E. Pedersen & Sønn ved brev 12. oktober 2004. I brevet er det blant annet angitt om tilbudet fra AS E. Pedersen & Sønn:

"Tilbudet mangler opplysninger om servicekontrakter og forbruksmateriell, noe som gir mangler for en totalvurdering av kostnadene. Samtidig er ikke Deres fyllmaskin like automatisert som det valgte tilbudet. De øvrige kriteriene i punkt 7.2 i konkurransegrunnlaget ble vurdert som tilnærmet likeverdige i forhold til vår kravspesifikasjon."

- (13) AS E. Pedersen & Sønn påklaget tildelingen ved brev av 19. oktober 2004. Det ble blant annet anført at AS E. Pedersen & Sønn mener at tilbudet deres ikke var mangelfullt med hensyn til servicekontrakter.

- (14) Klagen besvares av innklagede ved brev av 27. oktober 2004. Om AS E. Pedersen & Sønns tilbuds mangler vedrørende servicekontrakter og forbruksmateriell uttales:

"Tilbudet oppfyller likevel ikke konkurransegrunnlagets spesifikasjoner til servicetilbud. Det er spesifikt bedt om tre ulike alternativer, og dette mangler i tilbudet. Et anslag på 8% av innkjøpskostnad for en vedlikeholdskontrakt inklusive deler er ikke fullgodt i forhold til alternativene som var definert i vedlegget. I konkurransegrunnlagets punkt 72 b) er det i tillegg bedt om priser på slidedeler og forbruksmateriell til maskinene. I vårt svar av 12. 10.04 henspiller ordet forbruksmateriell på dette. Det står igjen i vedlegg 2 at forventet forbruk av forbruksmateriell (slidedeler) skal oppgis med priser for de ulike delene. Dette gjør at kostnader er vanskelig å sammenligne med øvrige tilbud. Selv om kostnadene til service fra Deres firma har vært minimal over tid, har vi ingen erfaring med mye av det utstyret som her er tilbudt."

- (15) I ettertid har det vært ytterligere korrespondanse mellom AS E. Pedersen & Sønn og innklagede. Innklagede sendte blant annet et brev til AS E. Pedersen & Sønn 15. november 2005 hvor det fremgår at innklagede mener tilbudet fra AS E. Pedersen & Sønn skulle ha vært avvist.

- (16) Norske laboratorieleverandørers forening (heretter kalt klager) leverte inn klage til klagenemnda 29. november 2004.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (18) Innklagede har valgt en agarkoker hvor innerkjelen ikke kan tas ut, men må rengjøres i instrumentet. Dette er i strid med konkurransegrunnlaget og tilbudet skulle ha vært avvist.

- (19) Selv om innklagede i konkurransegrunnlag har lagt til grunn at alternative varianter eller løsninger kan angis, har innklagede likevel ikke vært berettiget til å legge vekt på alternative løsninger. Dette fordi det i konkurransegrunnlaget ikke er angitt minstekrav til alternative løsninger.
- (20) AS E. Pedersen & Sønn har besvart konkurransegrunnlagets punkter om forbruksmateriell og vedlikehold/reparasjoner. Det bemerkes at innklagede i konkurransegrunnlaget har benyttet begrepet "ønskes tilbud på" slik at dette ikke var et skal-krav. AS E. Pedersen & Sønn fraråder servicekontrakt og skriver i tilbudet at forbruksmateriell er ubetydelig for agarkokeren.

Innklagedes anførsler:

- (21) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (22) Konkurransegrunnlaget kan ikke forstås slik at det var et krav til at agarkokeren skulle ha løs innerkjele. Punktene angitt i konkurransegrunnlagets bokstav j) var aktuelle for agarkokere med løs innerkjele. Konkurransegrunnlaget må leses i sammenheng. Det er bokstav m) som regulerer generelle krav til rengjøring og ikke bokstav j). Bakgrunnen for at innklagede har bedt om vekt og størrelse på innerkjelen er at dette blant annet har betydning for brukervennligheten. En løs innerkjele må løftes ut av medieholderen når den skal rengjøres. Det sentrale for en agarkoker med fast innerkjele er at den er enkel å rengjøre. Dette er det stilt krav om i bokstav m).
- (23) Innklagede har aldri ment å stille krav om løs innerkjele da dette vil innebære et sterkt konkurransehemmende element. Det er bare AS E. Pedersen & Sønn som tilbød agarkoker med løs innerkjele.
- (24) Tilbudet fra den valgte leverandøren tilfredstilte kravene i konkurransegrunnlaget og var dermed ikke et alternativt tilbud.
- (25) Tilbudet fra AS E. Pedersen & Sønn skulle ha vært avvist. Det inneholdt ikke alle priser på slitedeler slik angitt i konkurransegrunnlagets punkt 7.2 b). Det er heller ikke gitt tilbud på alle vedlikeholdsalternativer i punkt 7.2 c) og konkurransegrunnlagets vedlegg 2. Dette gjør at det har vært vanskelig å sammenligne tilbudet med de øvrige tilbudene. Kravet til likebehandling gjør at innklagede ikke kan vektlegge egen erfaring med servicekostnader på utstyr levert av AS E. Pedersen & Sønn tidligere. Prisene på selve utstyret lå så jevnt at øvrige kostnader kunne få betydning for hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager er en bransjeorganisasjon for potensielle leverandører av ytelsen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2.
- (27) Konkurransegrunnlaget skal undergis en objektiv fortolkning. Hva innklagede har ment er derfor ikke avgjørende dersom dette ikke følger av en naturlig forståelse av konkurransegrunnlagets ordlyd. I konkurransegrunnlaget er det ikke uttrykkelig

fastsatt hvorvidt innerkjelen i agarkokeren skal være løs eller ikke. Det som er fastsatt er at *"innerkjelen må kunne vaskes i vaskemaskin"* og at *"utvendige mål på innerkjelen angis"*. Etter klagenemndas oppfatning må dette forstås slik at det er stilt minstekrav om at innerkjelen skal være løs da innerkjelen ellers ikke vil kunne vaskes i vaskemaskinen. Det at konkurransegrunnlaget også stiller krav til at *"agarkokeren og alt tilhørende utstyr må være enkel å rengjøre"*, medfører ikke at konkurransegrunnlaget kan forstås på annen måte.

- (28) Tilbud som avviker fra fastsatte minstekrav, kan ikke aksepteres i konkurransen. Tilbud på agarkokere som ikke har løs innerkjele, skulle etter dette ha vært avvist.
- (29) AS E. Pedersen & Sønn var den eneste som leverte tilbud med løs innerkjele. Innklagede har anført at dette tilbudet skulle ha vært avvist fordi det har vært vanskelig å sammenligne tilbudet med de øvrige tilbudene, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10(1)(d).
- (30) AS E. Pedersen & Sønns tilbud på agarkoker var det eneste tilbudet som oppfylte kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. Tilbudet skulle dermed ikke sammenlignes med øvrige tilbyderes tilbud. Forskriftens § 15-10(1)(d) kan derfor ikke benyttes som avvisningshemmel i dette tilfellet.
- (31) Tilbudet oppga ikke priser for slidedeler og reservedeler som etterspurt i konkurransegrunnlagets punkt 7.2 c) og det var heller ikke angitt priser for alle alternativene for vedlikehold og reparasjoner i konkurransegrunnlagets vedlegg 2. Tilbudet kunne derfor ha vært avvist etter forskriftens § 15-10(2)(b).
- (32) Utgangspunktet er at oppdragsgiver snarest mulig skal ta stilling til spørsmålet om avvisning, jfr. forskriftens § 8-13(1). En oppdragsgiver kan miste retten til å påberope seg en "kan"-avvisningsgrunn dersom dette først påberopes etter at tildeling har funnet sted. Det vises til Borgarting lagmannsretts dom av 14. mai 2002 hvor lagmannsretten ikke fant grunn til å gå inn på hvorvidt en leverandør kunne vært avvist, da leverandøren hadde vært med i tildelingsomgangen.
- (33) Det vises også til klagenemndas sak 2003/70 hvor klagenemnda uttalte:

"At klager muligens kunne vært avvist, er ikke ensbetydende med at avvisning faktisk er skjedd. Avvisning forutsetter et vedtak, og slikt vedtak skal meddeles vedkommende tilbyder snarest mulig, jf forskriftens § 3-8(1).

Det er ikke tilstrekkelig i denne sammenheng at innklagede i sitt tilsvarende svar overfor klagenemnda, tre måneder etter at kontrakt ble inngått, gir uttrykk for at klager skulle ha vært avvist fra konkurransen."

- (34) I herværende sak er det heller ikke fattet beslutning om avvisning og det er ikke tilstrekkelig at innklagede påberoper seg rett til å avvise tilbudet først en måned etter meddelelse om tildeling var gitt.
- (35) Klagenemnda bemerker at når innklagede satt igjen med ett tilbud, kunne det ha vært grunnlag for å avlyse konkurransen i henhold til forskriftens § 10-1.

Konklusjon:

Ullevål universitetssykehus har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10(1)(c) ved ikke å avvise tilbud som ikke oppfylte minstekrav satt til den etterspurte ytelsen.

Klagenemnda
24. oktober 2005

Svein Dahl