



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om kjøp av filtermateriale til en rensepark. I kunngjøringen ble det stilt minimumskrav til produktet som skulle anskaffes. Innklagede brøt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, til tross for at det tilbudte produktet avvek fra minimumskravene.*

### Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2005 i sak 2005/135

Klager: Franzefoss AS

Innklaget: Ski kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Jens Bugge, Per Christiansen, Andreas Wahl

**Saken gjelder:** Avvisning som følge av avvik. Tildelingskriterier.

#### Sakens bakgrunn:

- (1) Ski kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. januar 2005 en åpen anbudskonkurranse om kjøp av filtermateriale til Blåveisbekken Rensepark. Det ble ikke utarbeidet noe konkurransegrunnlag, da innklagede mente at all relevant informasjon fremgikk av kunngjøringen.

- (2) Kunngjøringens punkt II.1.6 Beskrivelse/kontraktens gjenstand lød slik:

*"Kalkstein-/skjellsandfilter til rensepark i bekk med kloakkpåvirket vann. Filteret er ett oppstrømsfilter med volum på 400m<sup>3</sup>. Filteret skal ha følgende kvalifikasjoner, og må dokumenteres av leverandør: porøsitet på 30 – 40 %, permabiliteten på minimum 0,001 m/s, fosfor-bindings-kapasitet på minimum 2-3 gP/kg materiale. Dimensjonerende vannføring er 85 l/s, mens midlere vannføring er 35 l/s. Kontakttiden ved dimensjonerende vannføring (85 l/s) er på 25 minutter. Vannets innhold av fosfor, målt som totalt reaktivt fosfor (TRP=andelen løst biotilgjengelig fosfor) er TRPmidl = 140 µgTRP/l, med laveste fosforverdi på 60 µgTRP/l, og høyeste på 350 µgTRP/l. Leverandøren skal dokumentere at kalkstein-/skjellsandmaterialet har fosfor-bindings-kapasitet og renseeffekt, samt porøsitet og permeabilitet som beskrevet over. Laboratorietester utført av Jordforsk i Ås gjelder som dokumentasjon. Ski kommune har avtale med Jordforsk om å foreta egnede labtester av materialet. Det må sendes inn minimum 500 g prøvemateriale til hver enkelt test. Analyseresultatet vil foreligge innen 14 dager. Kostnadene til testen(e) må leverandøren bekoste selv. Kostnadene for en enkelt prøve er: 8 timer á kr. 750,-. Hvis flere prøver kommer det ett tillegg på 2 timer per prøve. For ytterligere opplysninger om analyseringen kontakt Trond Mæhlum på Jordforsk tlf.: 64 94 81 00. PRØVEMATERIALET MÅ SENDES INN TIL Jordforsk INNEN 11.02.05. ADRESSE: JORDFORSK v/Trond Mæhlum, FREDERIK A. DAHLSVEI 20, 1432 ÅS."*

**Postadresse**  
Postboks 8132 Dep.  
0033 Oslo

**Besøksadresse**  
H. Heyerdahls gate 1  
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

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

- (3) Innklagede oppga å skulle velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier i uprioritert rekkefølge: ”1. Pris, 2. Kvalitet, 3. Dokumentasjon lab-test, 4. Leveringsdato, 5. Leveringssikkerhet”. Det ble oppgitt at det ikke var anledning til å inngi alternative tilbud.
- (4) I alt tre leverandører leverte inn tilbud, herunder Franzefoss AS (heretter kalt klager) og Einar Øgrey Skjellsand AS. I brev til klager datert 11. april 2005, skrev innklagede:

*”Alle tre leverandørene tilfredsstiller de krav som er satt i utlysningen. Det er krav om at filtermaterialet må ha porøsitet på 30-40%, permeabilitet  $\geq 0,001$  m/s og fosforbindingskapasitet på minimum 2-3 gP/kg materiale for de gitte betingelsene.*

*Firmaet Einar Øgrey Skjellsand AS er valgt på grunnlag av resultatene fra analysen som ble utført av Jordforsk. Analyseresultatene viser at skjellsanden har størst kapasitet til å binde fosfor ved lave fosforkonsentrasjoner og ved kort kontakttid. Prismessig ligger de lavest, ca 33 % lavere enn nummer to.”*

- (5) I anbudsprotokollen datert 12. april 2005, står det under deloverskriften ”kvalitet/ dokumentasjon lab-test”:

*”Vi ser at Skjellsand har god renseeffekt ved lave fosforkonsentrasjoner og ved kort oppholdstid. Over 60 % renseeffekt for alle inngangskonsentrasjonene. Materialet ligger noe under kravet for fosforbindingskapasitet.”*

- (6) I brev fra klager til innklagede datert 18. april ble avgjørelsen påklaget. I brev til klager fra innklagede datert 22. april 2005 står det blant annet:

*”Fosforbindingskapasitet er en parameter som sier noe om utskiftningshyppigheten av filteret (som har økonomisk konsekvens), og sier ingenting om renseeffekten (% reduksjon) for fosfor i vannet som strømmer gjennom filteret. Av hensyn til rensingen av filteret er ikke fosforbindingskapasitet alene tilstrekkelig for å velge filtermaterialet i en konkret situasjon.*

*Kravet til renseeffekt er ikke oppgitt da det er dette vi ønsker svar på. Det var ikke grunnlag for å sette eksakt krav for renseeffekt for filtermaterialet i forespørselen siden testing på lave fosforkonsentrasjoner ikke er gjort i Norge.*

*Porøsitet og permeabilitet er fysiske kvaliteter som skal sikre vanngjennomgang og oppholdstid i filteret.*

*[...]*

*Vi vil også påpeke at forespørselen ikke sier noe om at avvik fra oppgitte krav for fosforbinding innebærer automatisk forkastelse av leverandør. Det står heller ikke at minimum fosforbinding på 2-3 gP/kg er absolutt.*

*Foretar man en vekting av alle materialer i forhold til pris, fosforbindingskapasitet og renseeffekt vil materialet fra Einar Øgrey Skjellsand AS (Øgrey) komme best ut.*

*Franzefoss Kalk AS kommer bedre ut på fosforbinding enn Øgrey, mens Øgrey kommer best ut på pris og renseeffekt. I sum har Øgrey gitt det beste tilbudet."*

**Klager har i det vesentlige anført:**

- (7) Innklagede har valgt et tilbud som skulle vært avvist. Innklagede oppstilte i kunngjøringen flere absolutte kriterier knyttet til produktene som skulle leveres, jf formuleringen "skal ha følgende kvalifikasjoner" som "må dokumenteres". Det var oppstilt et minimumskrav om "fosforbindingskapasitet på minimum 2-3 gP/kg materiale". Det valgte tilbudet hadde ikke en fosforbindingskapasitet som svarte til minimumskravet.
- (8) Mulighetene for å inngi tilbud som avviker fra konkurransegrunnlaget, eller må anses som alternative løsninger, er nærmere regulert i § 15-6. I vårt tilfelle fremgår det av kunngjøringen at det ikke var anledning til å inngi alternative tilbud.
- (9) Hvis det innleveres tilbud som avviker fra konkurransegrunnlaget, skal disse avvises etter reglene i forskriftens § 15-10 (1) bokstav c). Det fremgår her at et tilbud skal avvises når det inneholder et avvik fra konkurransegrunnlaget som er i strid med reglene i § 15-6. Bestemmelsen er en obligatorisk avvisningsgrunn. Det er på det rene at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Klager skulle vært tildelt kontrakten.
- (10) Innklagede har anvendt tildelingskriterier som ikke var oppført i kunngjøringen. Kunngjøringen oppstilte ikke noen bestemte krav om binding av fosfor ved lave fosforkonsentrasjoner eller ved kort kontakttid. Dette ble likevel avgjørende for konkurransen. Forutsetningen i konkurransegrunnlaget var at produktene skulle tilfredsstille de oppstilte minimumskravene, og at dette skulle dokumenteres av leverandør og verifiseres av Jordforsk. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget at Jordforsk skulle foreta en mer overordnet vurdering av hva de mener er det beste produktet, og la dette bli avgjørende for utfallet av konkurransen.
- (11) Innklagede har brutt forskriftens formkrav knyttet meddelelse av kontraktstildeling ved ikke å oppgi klagefrist.
- (12) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for erstatning kan foreligge.

**Innklagede har i det vesentlige anført:**

- (13) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.
- (14) Valgte leverandørs tilbud står klart sterkest på tildelingskriteriet pris. For å vurdere kvaliteten/ dokumentasjon ved lab-test på produktet ble kravene i kunngjøringens punkt II.1.6 vurdert. Hele beskrivelsen og alle krav som ble beskrevet i dette punktet ble vurdert for hver enkelt tilbyder. I punkt II.1.6 beskrives 4 dokumentasjonskrav: porøsitet, permeabilitet, fosforbindingskapasitet og renseeffekt for et vann som inneholder 60-350 µg TRP/I (som er lavt fosforinnhold) og som har kort oppholdstid (25 minutter) i rensedammen. Det er ikke oppgitt vektning av kravene. Valgte leverandør stryker på kravet om 2-3 gP/kg materiale. I vurderingen av renseeffekten (krav 4) oppnådde klager en renseeffekt på under 20 % mens valgte leverandør oppnådde en renseeffekt på 62-94 %. Valgte leverandør kom dårlig ut på fosforbindingskapasitet, men hadde betydelig bedre resultat for renseeffekt i forhold til sine konkurrenter. Renseeffekten er et betydelig vektlagt kriterium.

- (15) Produktet skal brukes i en rensedam for å filtrere bort fosfor, som er en forurensningskomponent fra avløpsnett. Å legge et filtermateriale inn i en naturbasert rensedam er det lite erfaring med her i landet og ellers i Europa, og det er derfor et foregangsprosjekt.
- (16) Filteret må ha en akseptabel levetid og renseeffekt for fosfor. Det ble derfor stilt krav i forhold til kvalitet på produktet. Kvaliteten skulle dokumenteres i form av en laboratorietest. Hele testen gjelder, og ikke bare resultater fra én parameter.
- (17) Fosforbindingsfaktoren kan ikke ses på som absolutt, da det er angitt som 2-3, og fordi det ikke er faglig forsvarlig å bestemme materialets beskaffenhet/ kvalitet kun ut fra en parameter. Man må vurdere ut fra alle parameterne i lab-testen.
- (18) Leverandørene skal kjenne sitt produkt, produktets bruksområde, og hva man skal oppnå i en rensedam. De bør derfor vite at fosforbindingsfaktoren ikke er den eneste som er bestemmende for valg av materiale.
- (19) For å ha tilfredsstillende gjennomstrømning i filteret ble det stilt tallfestede krav til porøsitet og permeabilitet. Det er også stilt krav om fosforbindingskapasitet med tanke på levetiden (utskiftningshyppigheten) på filteret. Det ble opplyst hvilke forhold materialet skal fungere i, som vannføring, oppholdstid og fosforkonsentrasjoner. Disse parametrene er avgjørende for effektiviteten til filtermaterialet.
- (20) Lab-testene viser at valgt leverandør ikke oppnår 2-3 gP/kg materiale i fosforbindingskapasitet. Valgt leverandør oppnår veldig gode resultater for renseeffekt for renseeffekt (60-94 %) som det også stilles krav om å dokumentere. Klagers materiale tilfredsstiller kravet til fosforbindingskapasitet, men oppnår langt fra så god renseeffekt (mindre enn 18 %) som valgt leverandør.
- (21) Prismessig ligger valgt leverandør over 70 % lavere enn klagers tilbud. Prisforskjellen tilsier at innklagede kan skifte ut valgte leverandørs materiale 2,5 ganger for prisen av klagers tilbud. Innklagede skal velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Skulle innklagede velge klagers materiale, vil ikke vannet bli renset tilfredsstillende. Vannet renner videre ned til en drikkevannskilde når det er renset i dammen.
- (22) Valg av materiale ble ikke foretatt kun med bakgrunn i at materialet tilfredsstiller kravet til fosforbindingskapasitet, spesielt ikke når prisen er så høy. Driftskostnadene blir høye, og innklagede får ikke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (23) Hvis innklagede skal se så spissfindig på paragrafene, vil man komme ut med et produkt som ikke er egnet.

**Klagenemndas vurdering:**

- (24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

### Avvisning

- (25) Kunngjøringens punkt II.1.6 lyder: *"Filteret skal ha følgende kvalifikasjoner, og må dokumenteres av leverandør: [...] fosforbindingskapasitet på minimum 2-3 gP/kg materiale. [...]Leverandøren skal dokumentere at kalkstein-/skjellsandmaterialet har fosfor-bindings-kapasitet [...] som beskrevet over."*
- (26) Valgte leverandørs tilbud hadde en fosforbindingskapasitet på 1,7 gP/kg materiale, mao lå det under det i kunngjøringen angitte nivå.
- (27) Kunngjøringen oppga at det ikke var anledning til å inngi alternative tilbud. Innklagede har således utelukket muligheten til at leverandørene skal kunne levere tilbud som tilfredsstiller nærmere angitte funksjonskrav til filtermaterialet på en annen måte enn innklagedes angivelse.
- (28) Klagenemnda antar under henvisning til tidligere praksis at et tilbud med vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget, må avvises ut fra kravet til likebehandling i lovens § 5. Spørsmålet er om den manglende fosforbindingskapasiteten utgjorde et vesentlig avvik, slik at innklagede pliktet å avvise tilbudet, eller om avviket var ubetydelig.
- (29) Kravet til fosforbindingskapasitet på minimum 2-3 gP/kg materiale må forstås som et av tre konkrete minimumskrav til produktet som skal anskaffes. Valgte leverandørs tilbud hadde en fosforbindingskapasitet på 1,7 gP/kg materiale, hvilket således utgjør et avvik fra konkurransegrunnlaget. Leverandørene skal kun levere ett produkt, og hele valgte leverandørs tilbud berøres således av avviket. Dette i motsetning til klagenemndas sak 2003/219, som gjaldt en omfattende og sammensatt anskaffelse, der klagenemnda fant at avviket var ubetydelig ettersom kun enkelte av en mengde tilbudte produkter ikke oppfylte de forespurte kjerneegenskapene.
- (30) Det kan ikke utelukkes at andre leverandører kunne tilbudt andre konkurransedyktige materialer, dersom de ikke måtte forholde seg til det oppstilte minimumskravet for fosforbindingskapasitet. Den valgte leverandørens tilbud skulle således vært avvist ut fra kravet til likebehandling i lovens § 5.

### Tildelingskriteriene

- (31) Klager har videre anført at innklagede har anvendt tildelingskriterier som ikke var oppført i kunngjøringen, ved å se hen til krav om binding av fosfor ved lave fosforkonsentrasjoner og ved kort kontakttid.
- (32) Innklagede har vist til at kunngjøringens angivelse av fosforverdi på 60-350 µgTRP/l betyr det samme som lavt fosforinnhold og at angivelsen av kontakttid på 25 minutter regnes for kort kontakttid. Det må således være korrekt å legge disse forholdene til grunn ved vurderingen av de tilbudte produktenes kvalitet. Klagenemnda finner ikke at innklagede har anvendt andre tildelingskriterier enn de som var oppgitt i kunngjøringen.

### Klagefrist

- (33) Uavhengig av manglende angivelse av klagefrist, har klager faktisk innlevert en klage og fått denne behandlet før innklagede har inngått kontrakt. Klagenemnda finner ikke grunn til å komme inn på om regelverket er brutt, da en eventuell feil på dette punktet uansett ikke har fått betydning for klager.

**Konklusjon:**

Ski kommune har brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

For klagenemnda, Oslo 20. juni 2005

Andreas Wahl