



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av friksjonsmålere. I kravspesifikasjonen var det uttalt at målingene "ønskes" utført på en bestemt måte. Det var ikke åpnet for å gi tilbud på alternative løsninger. Tilbudet som senere ble valgt, innebar imidlertid at målingene ble gjort på en annen måte. Klagenemnda fant at det ikke var stilt krav til utførelsesmetode, men ettersom den oppgitte metoden ble presentert som et "ønske", skulle dette vært hensyntatt under evalueringen. Videre uttalte klagenemnda at saksbehandlingen generelt hadde store mangler med hensyn til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.

Klagenemndas avgjørelse 13. februar 2006 i sak 2005/18

Klager: Kongsberg Airport Systems AS

Innklaget: Statens vegvesen

Klagenemndas medlemmer: Inger Roll-Matthiesen, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Kravspesifikasjon. Evaluering av tilbud. Begrunnelse. Innsyn. Etterprøvnbarhet.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. august 2004 en åpen anbudskonkurranse for levering av fire tilhengerbaserte friksjonsmålere.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt C.1. "Kravspesifikasjon" var anskaffelsen nærmere beskrevet slik:

"SVV ønsker tilbud på 4. stk tilhenger-baserte friksjonsmålere, som skal kunne måle både Fast og Variabel Slipp.

Friksjonen skal måles med standard målehjul ASTM E1551.

Hjuloppheng og trykk på målehjul må sikres for stabil belastning og trykk gjennom en måleserie.

Målehjulet ønskes senket/hevet vha. hydraulikk.

Målemetode: - ASTM E1859-97 (2001) – Standard Test Method for Friction

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

Coefficient Measurements Between Tire and Pavement Using a Variable Slip Technique.
- *Fixed Slip Technique*

Målehjul: - *ASTM E1551-93a(1998)*

Mark-trykk: - *som bestemt for ASTM E1551*

Tilhenger: *Boggie m/totalvekt inntil: ca 2,5 tonn*
Vanntank: ca 1.250 liter

Vanning: *Vegdekket skal kunne tilføres 0,5 alt. 1,0 med mer vannskikt uavhengig av kjøre-/målehastighet.*

Oljetank og oljekjøler dimensjonert for kjøring i modus Fast slipp med optimal Slipp-%.

Måler skal kunne måle Ytre eller Indre Hjulspor etter ønske og behov.

Friksjonen ønskes målt vha. kraftceller.
[...]"

- (3) Den resterende del av spesifikasjonene ble var formulerte som ulike ”ønsker” og krav.
- (4) Både i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var det opplyst at det ikke var anledning til å gi tilbud på alternative løsninger.
- (5) Kontrakt skulle tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier:
”
 - *Pris*
 - *Kvalitet*
 - *Teknisk løsning/ - verdi*
 - *Vedlikeholdsopplegg*
 - *Driftsmessige egenskaper*
 - *Garantier*
 - *Tilpasning til SVV systemer*”
- (6) Det var opplyst at det ikke var foretatt noen prioritering av kriteriene.
- (7) To leverandører innga tilbud. Disse var Kongsberg Airport Systems AS, divisjon Kongsberg Vertec, (heretter kalt klager) og Norsemeter Friction AS (heretter kalt Norsemeter) som senere ble tildelt kontrakt. Klagers tilbudspris var kr 6.468.000, mens Norsemeter hadde priset sitt tilbud til kr 4.794.800.
- (8) I tilknytning til tildelingskriteriene teknisk løsning, driftsmessige egenskaper og tilpasning til SVV systemer var det i anskaffelsesprotokollen angitt følgende informasjon om tilbudsevalueringen:

”Begge tilbudene tilfredsstiller vår tekniske kravspesifikasjon. Imidlertid ser vi at friksjonsmåleren fra Norsemeter Friction vs friksjonsmåler fra Kongsberg Vertec vil gi følgende merverdi.

<u>Norsemeter Friction</u>	<u>Kongsberg Vertec</u>
<i>Godt egnet. Brukervennlig, fleksibelt system. Operatør bestemmer.</i>	<i>Vanskelig å betjene. Lite brukervennlig. FION bestemmer (f.eks bestemmer systemet hvor datafiler skal lagres. Operatør må senere flytte disse til en ønsket katalog).</i>
<i>Strømforsyning fungerer ok.</i>	<i>Nødvendig med lading hver kveld/natt. Dette er ofte vanskelig å gjennomføre.</i>
<i>Er tilpasset vegvesenets øvrige programvarepresentasjon av friksjon.</i>	<i>Synes vanskelig å tilpasse øvrige programmer/systemer.</i>
<i>Vegnettilpassing fungerer fint.</i>	<i>Vegnettilpassing fungerer (?), men justering v/km-stolper synes å være tungvint.</i>
<i>VitaPhoto fungerer godt. (Lave friksjonsverdier skal kunne Dokumenteres med bilder).</i>	<i>VitaPhoto er noe tvilsom. Kongsberg Vertec kan ikke garantere at systemet tar bilder i det tempo/intervall som er ønskelig.</i>
<i>Filnavn som ønsket, og greie å forstå.</i>	<i>Filnavn er vanskelig å forstå. De lar seg heller ikke sortere tilfredsstillende.</i>
<i>Rask og fin øyeblikkspresentasjon.</i>	<i>Vanskelig og lite presentabel øyeblikkspresentasjon.</i>
	<i>FION (nr 1) skulle vært levert ca 1/2-04. Den fungerer ennå ikke tilfredsstillende. Vi har pr. i dag svært lite å vise til av måleresultater.</i>
	<i>Vi sliter med måling av hastighet. Den varierer +/- 3-4 km/t (uten grunn).</i>
	<i>Også måledata varierer meget. Vanskelig å forstå, vanskelig å tolke, vanskelig å kunne bruke fornuftig.</i>
	<i>Vi kan pr. i dag ennå ikke dokumentere repeterbarhet eller ”godhet” i målingene.</i>

- (9) I brev av 29. november 2004 ble klager meddelt utfallet av konkurransen. Innklagede skrev:

"[Vi] vil informere om at vi har valgt tilbudet fra Norsemeter Friction AS som hadde det mest fordelaktige tilbudet for Statens vegvesen. Dette på bakgrunn av konkurransegrunnlagets kriterier for kontraktstildeling.

Endelig kontrakt vil bli undertegnet 08.12.2004."

- (10) Videre ble det oppgitt en kontaktperson med telefonnummer for "spørsmål i den forbindelse".
- (11) I brev av 2. desember 2004 påpekte klager at det ikke var gitt klagefrist og anmodet om en nærmere begrunnelse. Det ble også bedt om innsyn i Norseometers tilbud, anskaffelsesprotokollen og "saksdokumenter". Klager sendte nye brev henholdsvis 3., 6. og 8. desember 2004.
- (12) Anmodningen ble besvart i brev fra innklagede av 10. desember 2004. Innklagede skrev blant annet:

"Tilbudene er vurdert i henhold til samtlige tildelingskriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget. Tilbudene ble vurdert til å være om lag like i forhold til tildelingskriteriene kvalitet, teknisk løsning, vedlikeholdsopplegg, driftsmessige egenskaper, garantier og tilpasninger til SVV systemer. I forhold til tildelingskriteriet pris var tilbudet fra Kongsberg Vertec vesentlig høyere enn tilbudet fra valgte leverandør. De marginale forskjeller i forhold til de øvrige tildelingskriterier oppveier ikke den store prisforskjellen.

[...]

Vi har ikke anledning til å gi dere innsyn i Norsemeter Friction AS sitt tilbud eller anskaffelsesprotokoller, slik dere ber om med henvisning til Lov om offentlig forvaltning. Dette på bakgrunn av forskrift til offentlighetsloven av 14. februar 1986 nr.351 pkt. V nr. 12, jf. Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-2."

- (13) Videre ble det gitt frist til 16. desember 2004 med å klage over tildelingsbeslutningen.
- (14) I klagers brev av 13. desember 2004 ble det bedt om en mer utfyllende begrunnelse, og det ble argumentert for at klager hadde krav på innsyn i anskaffelsesprotokollen. Klagers brev ble ikke besvart, ifølge innklagede fordi saksbehandleren var syk. Dette ble meddelt klager per telefon 12. januar 2005.
- (15) Kontrakt ble undertegnet av oppdragsgiver 21. desember 2004.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (17) Tilbudet fra Norsemeter oppfyller ikke kravene som er stilt i konkurransegrunnlaget. Den løsningen Norsemeter har tilbudt, innebærer friksjonsmåling ved hjelp av en oljetrykksmåler, ikke kraftceller. Ettersom konkurransegrunnlaget ikke åpnet for å inngi tilbud på alternative løsninger, innebærer tilbudet et avvik, og innklagedes valg av leverandør har vært foretatt på ulike tekniske premisser.

- (18) Klagers evne til å kunne påpeke et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser har vært forhindret ved at det ikke er gitt tilstrekkelig begrunnelse eller innsyn i sakens dokumenter. Den begrunnelsen som etter hvert ble gitt, samsvarer heller ikke med det som er kommet frem i tilsvaret under behandlingen for klagenemnda. Den måten innklagede har håndtert saken på, har fratatt klager muligheten til å etterprøve de vurderingene som er foretatt, og sikre sine rettigheter.

Innklagedes anførsler:

- (19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (20) Konkurranses grunnlagets kravsspesifikasjon inneholder en angivelse av obligatoriske krav og en del ønsker fra oppdragsgiver. Sistnevnte er gitt som opplysninger til leverandørene om hva som var ønskelig, men uten at dette skal være begrensende for leverandørens valg av teknisk løsning. Begrepsbruken er konsekvent ved at det ble benyttet "skal" for de obligatoriske krav og "ønskes" for øvrige punkter hvor leverandør kan velge løsning.
- (21) Innklagedes fagkyndige saksbehandlere er kommet til at begge tilbudene tilfredsstiller de tekniske krav som var angitt i konkurransegrunnlaget. Imidlertid fant man at Norsemeters tilbud innebar en merverdi på en rekke punkter. Det var videre en prisforskjell i Norsemeters favør, og dette tilbudet ble valg som det økonomisk mest fordelaktige.
- (22) Innklagede erkjenner at meddelelsen om valg av tilbud av 29. november 2004 var mangelfullt med hensyn til begrunnelse og klagefrist. Dette ble imidlertid rettet opp gjennom et nytt meddelelsesbrev av 10. desember 2004, der det ble gitt en ny klagefrist. Grunnen til at klagers brev av 13. desember 2004 ikke ble besvart, var at innklagedes saksbehandler var syk.
- (23) Klagers forespørsel om innsyn i Norsemeters tilbud, anskaffelsesprotokoll og sakens øvrige dokumenter ble vurdert, men avvist. Innklagede er av den oppfatning at det er grunnlag for å nekte innsyn i de forespurte dokumenter. En nektelse av innsyn i tilbud og protokoller behøver ikke begrunnes ut over en henvisning til grunnlaget for avvisning.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi del I og II i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.
- (25) Partene er enige om at klagers tilbudte løsning gjelder friksjonsmåling ved bruk av kraftceller, i motsetning til Norsemeters tilbudte løsning som baseres på en annen metode/teknologi. Det sentrale spørsmålet i saken er om konkurransegrunnlaget stilte krav om friksjonsmåling vha. kraftceller.
- (26) I konkurransegrunnlagets punkt C.1 "*kravsspesifikasjon*" er det oppgitt en rekke tekniske spesifikasjoner, hvorav noen er presentert ved formuleringer som "*ønsker*", mens andre spesifikasjoner var formulert som "*skal*". Når det heter at "*friksjonen ønskes målt vha. kraftceller*", må dette etter klagenemndas vurdering kunne forstås

som et ønske, ikke et minstekrav. Klagenemnda vil likevel bemerke at dette med fordel kunne vært uttrykt tydeligere, særlig tatt i betraktning at det var opplyst at alternative løsninger var utelukket. Når formuleringen ”ønskes” forstås på denne måten, avvek Norseometers tilbud dermed ikke fra konkurransegrunnlaget på dette punkt.

- (27) Når det er satt opp ”ønsker” for teknisk løsning, blir leverandørene gitt en berettiget forventning om at tilbud som ”oppfyller” disse løsningene vil ha en fordel fremfor andre løsninger. Motsetningsvis ville det ikke ha noen hensikt å oppgi slike ønsker.
- (28) Verken anskaffelsesprotokollen eller innklagedes forklaring for klagenemnda tyder på at innklagede har tatt hensyn til eller vurdert konsekvensene av at klager tilbud oppfylte innklagedes ønsker mht teknisk løsning. Klagenemnda finner at innklagede med dette har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 og kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (29) Klagenemnda registrerer imidlertid at Norseometers tilbud fikk bedre uttelling enn klagers tilbud på en rekke andre punkter og har ikke grunnlag for å slå fast at kontrakten skulle vært tildelt klager.
- (30) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (2) skal oppdragsgiverens meddelelse om valg av tilbud inneholde en begrunnelse og klagefrist. Denne begrunnelsen skal omtale det valgte tilbudets egenskaper og gi leverandørene informasjon som er nødvendig for å kunne påklage kontraktstildelingen, jf for eksempel klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/230 og 2004/215.
- (31) Innklagede har erkjent at meddelelsen av 29. november 2004 manglet begrunnelse og klagefrist. Brevet av 10. desember 2004 begrunnet tildelingen med at klagers pris var ”*vesentlig høyere*” og at ”*de marginale forskjeller i forhold til de øvrige tildelingskriterier*” ikke oppveide prisforskjellen.
- (32) Denne begrunnelsen må forstås slik at klagers tilbud fikk marginalt bedre uttelling for de andre tildelingskriteriene enn pris, men at prisforskjellen var så stor i klagers disfavør at Norseometers tilbud totalt var det økonomisk mest fordelaktige. Det er tvilsomt om omfanget av denne begrunnelsen tilfredsstiller kravene til begrunnelse i en meddelelse. Innholdet i begrunnelsen står dessuten i skarp kontrast både til begrunnelsen i anskaffelsesprotokollen og til innklagedes forklaring for klagenemnda, der det fremgår at Norseometers tilbud i tillegg til prisdifferansen hadde en merverdi på en rekke punkter. Begrunnelsen har derfor vært i strid med § 10-3 (2).
- (33) Klager ble gitt en klagefrist, men etter det opplyste ble klagen ikke behandlet før kontrakt ble inngått. Innklagede har derfor brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (2) ved at klageadgangen ikke var reell.
- (34) Offentlighetsloven får anvendelse også for dokumenter i en konkurranse om en offentlig anskaffelse, jf forskriftens § 3-2. Selv om anskaffelsesprotokoll og tilbudene som utgangspunkt er offentlige, kan innsynet begrenses med hjemmel i forskrift av 14. februar 1986 nr. 351. I medhold av bestemmelsen om meroffentlighet, offentlighetsloven § 3-2 (3), skal oppdragsgiver alltid vurdere om et dokument likevel bør kunne gjøres kjent helt eller delvis.

- (35) I sak 2005/44 fastslo klagenemnda at kravet til etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 normalt innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å gi innsyn i anskaffelsesprotokollen, ettersom denne blant annet gir informasjon om tilbudsevalueringen. Etter å ha gjennomgått anskaffelsesprotokollen kan klagenemnda ikke se noen grunn til at denne skulle hemmeligholdes, og innklagede har heller ikke forsøkt å begrunne hvorfor innsyn i protokollen ble nektet. Videre er det ingenting som tyder på at meroffentlighet er blitt vurdert. Klagenemnda finner derfor at innklagede brøt kravet til etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å nekte innsyn i anskaffelsesprotokollen.
- (36) På bakgrunn av at klager måtte henvende seg til innklagede gjentatte ganger for å få informasjon om tilbudsevalueringen, at det er gitt forskjellige forklaringer, og at klager ikke har fått nødvendig innsyn i sakens dokumenter, må klagenemnda konkludere med at innklagedes saksbehandling generelt har hatt store mangler med hensyn til oppfyllelse av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

Konklusjon:

Statens vegvesen har brutt kravet til forutberegnlighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved å fremsette ønsker for teknisk løsning uten at dette ble tatt hensyn til under evalueringen.

Statens vegvesen har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (2) ved at det ble gitt uriktig begrunnelse for valg av tilbud.

Statens vegvesen har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (2) ved at klagen ikke ble behandlet innen kontrakt ble inngått.

Statens vegvesen har brutt kravet til etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å nekte innsyn i anskaffelsesprotokollen.

For klagenemnda,
13. februar 2006

Inger Roll-Matthiesen