



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte konkurranse med forhandling om leasingavtale for hjullaster. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt de grunnleggende prinsipper i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å innhente tilbud fra Volvo Maskin før konkurransen var utlyst. Klagenemnda kom også til at innklagede hadde handlet i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 og kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å tildele kontrakt uten å vurdere hvilken leverandør som best oppfylte tildelingskriteriene og ved å legge vekt på forhold som ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget som tildelingskriterier.*

### Klagenemndas avgjørelse 23. oktober 2005 i sak 2005/198 - 13

Klager: Nordvang Maskin AS

Innklaget: Fet kommune, enhet for kommunalteknikk

**Klagenemndas medlemmer:** Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum

**Saken gjelder:** Forutberegnelighet, likebehandling, vektlegging av ikke angitt tildelingskriterium, forhandlingsplikt.

#### Bakgrunn:

- (1) Innklagede kunngjorde den 3. februar 2005 en konkurranse med forhandling om leasingavtale for hjullaster. Nordvang Maskin AS (heretter klager) var én av syv som leverte tilbud.
- (2) Allerede i september 2004 hadde Fet kommune (heretter innklagede) kontaktet Volvo Maskin for å be om et tilbud som skulle tjene som prisindikasjon for kommunens budsjettprosess. Tilbudet fra Volvo ble inkludert i den senere anskaffelsesprosessen, noe Volvo var innforstått med.
- (3) For tildelingskriterier henviste kunngjøringen til konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget inneholdt følgende om tildelingskriterier:

#### **"11. KRITERIER SOM BLIR LAGT TIL GRUNN VED TILDELING AV KONTRAKT**

*Det eller de økonomiske mest fordelaktige tilbud velges etter en totalvurdering på grunnlag av kriterier i kravsspesifikasjon.*

*Rekkefølgen i kravsspesifikasjonen er ikke prioritert.*"

- (4) Følgende kravsspesifikasjon for leasing av hjullaster med utstyr utgjorde vedlegg A til konkurransegrunnlaget:

*"Størrelse ca. 10 tonn*

*Standard utstyr:*

- *en spak hydraulikk betjening*
- *ECSS-2 trinns lastearmsdemping*
- *Air condition*
- *Automatisk bom og skuffe stopp*
- *Halvtdekkende skjermer foran og heldekkende bak*
- *Radio og CD spiller*
- *Roterende varsellampe*
- *Jord- og snøskuffe*
- *BM hk-feste*
- *Ekstra krypfunksjon for kjøring trinnløst ned til 1 km/t og samtidig mulighet for full kapasitet på hydraulikk til f.eks kantklipper*
- *3. og 4. hydraulikkfunksjon*
- *Slagkraft kantklipper*
- *Holms feiekost med oppsamler, type H300, sidebørste og vanntank eller tilsvarende*
- *Sandsprederskuff*
- *Sentralsmøring*
- *Klappsving eller vikeplog*
- *Serviceavtale inkl. årlig kontroll*
- *Micheline XHA L3, 20, 5R25 eller tilsvarende*
- *Luftavfjæret og oppvarmet førerstol*
- *Ryggealarm*
- *Parallellført lasteaggregat*
- *Ekstralys"*

- (5) Innklagede mottok syv tilbud som tilbyderne i etterkant fikk anledning til å forbedre. Det ble gjennomført prøvekjøring og samtaler i forhold til enkelte av leverandørene. Klagers tilbudte maskin ble ikke prøvekjørt da dette nødvendiggjorde reise til Sverige hvor fabrikken lå.
- (6) Det ble internt besluttet at man skulle velge en hjullaster fra Volvo Maskin (L60E). Etter dette endret Volvo Maskin sitt tilbud fra å gjelde en L60E til å gjelde en L70E, men til samme pris. Prisen ble ytterligere nedforhandlet.
- (7) Innklagede valgte å innstille på å inngå kontrakt med Volvo Maskin. Valget ble meddelt i brev av 4. mai 2005 med følgende begrunnelse:

*"Dette er gjort ut fra en totalvurdering av tildelingskriteriene."*

- (8) Innstillingen ble påklaget 18. mai 2005. På bakgrunn av denne klagen ble det avholdt et møte mellom klager og innklagede 30. mai 2005. Klager skrev referat fra møtet. Avslutningsvis i referatet erklærte klager at klagen av 18. mai ble opprettholdt. Referatet ble sendt til innklagede.

- (9) Innklagede besvarte klagers referat i brev av 2. juni 2005. Innklagede valgte – ”etter en ny, grundig vurdering” å opprettholde sin innstilling med følgende begrunnelse:

- *”[Volvo Maskin] tilfredsstiller de tekniske kriteriene. [Innklagede] har ikke ut over dette behov for og er ikke pålagt å veie hvert enkelt kriterium opp mot hverandre.*
- *[Volvo Maskin] ligger lavere enn [klager] i pris.*
- *Volvo kan dokumentere gode 2. håndsverdier, og har et renommé som gjør deres maskiner lett omsettelige.*
- *[Volvo Maskin] har et stort og effektivt service- og delelager apparat.*
- *Volvo får meget gode referanser. ”*

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (10) Innklagede forespurte Volvo Maskin om tilbud allerede i september 2004. Dette kan ha ført til favorisering og forutinntatthet.
- (11) Utlysningen og kravspesifikasjonen i forespørselen er villedende idet det spørres etter en maskin på ca. 10 tonn, mens den innstilte veier over 13 tonn. Tilbudet på maskinen på 13 tonn skulle vært forkastet siden innklagede ba om tilbud på maskiner på ca. 10 tonn. At innklagede antar at klager uansett ville ligget for høyt i pris rettfærdiggjør ikke denne feilen.
- (12) Klagers maskin er sannsynligvis den som best oppfyller de tekniske spesifikasjonene.
- (13) Innklagedes behandling av saken har vært diskriminerende idet klager først fikk møte innklagede etter at det var gjort en innstilling om å velge en annen leverandør. Siden forespørselen indikerer anbud med forhandling mener klager at det burde vært forhandlet med dem som tilfredsstilte kravspesifikasjonen og som samtidig lå fordelaktig an på pris. Klager fikk heller ikke muligheten til å presentere seg selv eller produktene eller til å drøfte alternativer for visning og prøvekjøring av klagers maskiner.
- (14) Klager mener at innklagede ikke har sørget for likebehandling av de tilbyderne som tilfredsstilte kriteriene for leveransen.
- (15) Valgte leverandørs tilbud skulle videre vært forkastet fordi Volvo L60E ikke hadde tilstrekkelig hydraulikkapasitet for drift av Slagkraft kantklippeaggregat. I tillegg kom tilbudet på L70E to måneder etter anbudsfristen og skulle derfor vært avvist.

##### *Innklagedes anførsler:*

- (16) Innklagede hevder det viktige for dem var at maskinen kunne bære det ønskede kantklipperaggregatet, og at vekten ikke spilte noen rolle i beslutningsprosessen. Klagers maskin ville sannsynligvis uansett ligget for høyt i pris.
- (17) Både klagers og den valgte leverandørs maskiner oppfyller de tekniske kriteriene. Innklagede er ikke pålagt å veie hvert enkelt kriterium ytterligere opp mot hverandre.
- (18) Klagers tilbudte maskin kunne ikke prøvekjøres i Norge, og regelverket for offentlige anskaffelser tilsier ikke at innklagede burde reist utenlands for å sikre

konkurranse under like vilkår. Det må være opp til klager å sørge for at prøvekjøring kan skje i rimelig nærhet. Videre har innklagede prøvekjørt en maskin av samme merke som den klager tilbyr, selv om det ikke var samme modell.

- (19) Innklagede har gått inn for å fremme likebehandling.
- (20) Volvo endret sitt tilbud for å være sikre på at maskinen skulle fungere optimalt med det ønskede kantklipperaggregatet. Vekt har for øvrig ikke spilt noen rolle når beslutninger skulle fattes.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (21) 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 forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriftens § 2-2, jf § 2-1.

#### *Innhenting av tilbud for konkurranseåpning*

- (22) Det at innklagede allerede i september 2004 innhentet tilbud fra Volvo Maskin, og senere lot dette inngå i anbudsprosessen, er klart i strid med de grunnleggende prinsippene i lov om offentlige anskaffelser § 5 som blant annet foreskriver at en anskaffelse skal baseres på reell konkurranse og sikre at tilbyderne ikke utsettes for forskjellsbehandling.

- (23) Siden Volvo Maskins tilbud etter klagenemndas oppfatning ikke skulle vært med i konkurransen overhodet, går klagenemnda ikke nærmere inn på en vurdering av hvorvidt Volvo Maskins tilbud oppfylte de enkelte kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget.

#### *Villedende kravspesifikasjon*

- (24) Klager anfører at det var villedende av innklagede å utlyse konkurranse om hjullaster på ca. 10 tonn når innklagede senere innstilte en hjullaster på 13 tonn.
- (25) De deler av kravspesifikasjonen som ikke kan karakteriseres som minstekrav eller absolutte krav er gjenstand for forhandling. Forhandlingsresultatet må ikke føre til et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget som vil ligge utenfor hva leverandørene kan forutberegne. I denne saken har konkurransegrunnlaget angitt vekt med "ca. 10 tonn". Dermed er vekten angitt omtrentlig og det er rom for avvik. Etter nemndas oppfatning utgjør det ikke en vesentlig endring av forutsetningene i konkurransegrunnlaget når det aksepteres et tilbud på en hjullaster på 13 tonn. Det var dermed ikke villedende av innklagede å innstille en hjullaster på 13 tonn når konkurransegrunnlaget anga ca. 10 tonn

#### *Utvelgelse basert på oppfyllelse av tekniske spesifikasjoner:*

- (26) Det eneste tildelingskriteriet som er oppgitt i konkurransegrunnlaget er en henvisning til en totalvurdering basert på kriterier i kravspesifikasjonen. Nemnda bemerker at dette objektivt sett er vanskelig å forstå på annen måte enn at tildeling skal skje til den som best oppfyller kriteriene i kravspesifikasjonen. Innklagede pliktet dermed etter konkurransegrunnlaget å vurdere hvem som oppfylte de tekniske kriteriene best. Når innklagede ikke har foretatt evalueringen på dette grunnlag, innebærer det brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) jf (1) og kravet til

forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 5. Nemnda bemerker forøvrig at når pris ikke er oppgitt som et tildelingskriterium, er det vanskelig å se at en vurdering av hvem som best oppfyller de tekniske spesifikasjonene kan sikre at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet velges.

- (27) Samtidig har innklagede anført at både klager og innklagede oppfylte de tekniske kriteriene, og at det ikke var grunnlag for videre evaluering ut over det. De tekniske kriteriene er dermed i realiteten behandlet som minstekrav som måtte oppfylles for å delta i konkurransen og ikke som tildelingskriterier etter § 17-2 (2).
- (28) Innklagedes avgjørelse om å opprettholde innstillingen ble meddelt i innklagedes brev av 2. juni. Avgjørelsen er begrunnet med flere momenter som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, heriblant pris, dokumentert annenhåndsverdi, omsettelighet, service- og delelager og referanser. En slik prosedyre er klart i strid med regelverket, særlig forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 om at alle tildelingskriterier skal være oppgitt i konkurransegrunnlaget.

#### *Diskriminering*

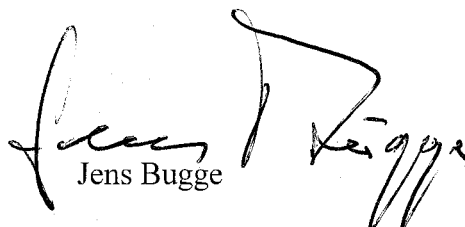
- (29) Klager hevder at det er i strid med likebehandlingsprinsippet at innklagede ikke ville foreta prøvekjøring av klagers maskin med den begrunnelse at prøvekjøring måtte foretas i Sverige. Klagenemnda legger til grunn at prinsippet om likebehandling som utgangspunkt tilsier at innklagede må behandle leverandørene likt med hensyn til utprøving av det produkt anskaffelsen gjelder. Plikten kan imidlertid ikke være ubetinget; klagenemnda antar at det må være en rimelig proporsjonalitet mellom det som skal oppnås ved utprøvingen og den ulempe og kostnad som utprøvingen vil påføre oppdragsgiver.
- (30) Ut fra den begrunnelse innklagede i denne saken har gitt, finner ikke klagenemnda å kunne fastslå brudd på regelverket på dette punktet.
- (31) På bakgrunn av det syn klagenemnda har tilkjennegitt ovenfor, finner ikke nemnda grunn til å gå inn på de øvrige anførslene.

#### **Konklusjon:**

Fet kommune har brutt de grunnleggende prinsipper i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å innhente tilbud fra Volvo Maskin før konkurransen var utlyst.

Fet kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 og kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å tildele kontrakt uten å vurdere hvilken leverandør som best oppfylte tildelingskriteriene og ved å legge vekt på forhold som ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget som tildelingskriterier.

For klagenemnda,  
23. oktober 2006

  
Jens Bugge