



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte to etterfølgende konkurranser for anskaffelse av et UV-anlegg, uten å kunngjøre disse i Doffin databasen. Klagenemnda kom til at konkurransene var gjennomført direkte uten at det forelå nødvendig hjemmel for dette i forskriftens § 11-2. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 26. mars 2007 i sak 2006/105

Klager: Sterner Aqua Tech AS

Innklaget: Sør-Odal kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) I februar 2006 tok Sør-Odal kommune (heretter kalt innklagede) kontakt med en rekke tilbydere av UV-anlegg for desinfisering av rentvann for å få et inntrykk av kostnadsbildet ved anskaffelse av et slikt anlegg, og for å klargjøre om de kontaktede leverandørene var interessert i å inngi tilbud på et slikt anlegg. Anskaffelsens verdi ble anslått til å være ca kr 850.000,-. Blant de kontaktede leverandørene ble fire invitert til å inngi tilbud.
- (2) I e-post av 25. april 2006 ble de utvalgte tilbyderne tilsendt konkurransegrunnlaget for anskaffelsen. I dette fremgikk det at innklagede hadde valgt konkurranseformen konkurranse med forhandling. Grunnlaget inneholdt også en rekke tekniske krav som de tilbudte anlegg måtte tilfredsstille, blant annet følgende kapasitetskrav:

"Vannbehandlingsanleggets kapasitet er inntil 530 m³/time (fordelt på 3 membranrigger), og UV-anlegget skal ha tilsvarende kapasitet. Minimum vannføring for rentvann er 160 m³/time. [...] Det skal leveres og installeres 2 eller 3 stk komplette aggregater med el- og automatikkskap. Dersom det velges 2 aggregater, skal hvert aggregat ha kapasitet for 530 m³/time (100 %). Dersom det velges 3 aggregater, skal hvert aggregat ha kapasitet på 265 m³/time (50 %)."
- (3) Om leveringstid fremgikk det følgende i punkt 3.4: *"Det er ønskelig med ferdigstillelse så snart som mulig. Kort ferdigstillestid vil bli tillagt vekt ved evalueringen."* Antatt bestillingstidspunkt var satt til 19. mai 2006, og ferdigstilt leveranse til 30. juni 2006.

- (4) I grunnlagets punkt 4.7.2 var det fastsatt at tildeling av kontrakt ville skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud etter følgende uprioriterte kriterier:

”* *Pris.*

* *Driftskostnader, bl.a. el. forbruk og kostnader for nye lamper.*

* *Driftssikkerhet.*

* *Praktiske løsninger, gjennomtenkte i forhold til enkel drift.*

* *Fremdrift/kapasitet.*

* *Muligheter til service og oppfølging etter levering.*”

- (5) I punkt 6 fremgikk det at: ”*Tilbyder skal på bakgrunn av foreliggende plantegning og befaring foreslå plassering av UV-anlegget basert på plassbehov for sine aggregater. Det må legges opp til at det blir tilstrekkelig plass rundt aggregatene for drift og vedlikehold.*”

- (6) Det ble avholdt en tilbudsbefaring 2. mai 2006. I referatet fra befaringen fremgikk det følgende:

”2.0 *PRESISERINGER/ENDRINGER I FORHOLD TIL OVERSENDT TILBUDSGRUNNLAG*

Minimums vannføring må påregnes å bli ned til 100 m³/time. Vannføringen vil bli mindre enn 50 % av maks (mindre enn 50 % av 530 m³/time) en betydelig del av tiden. Dersom det er vanskelig å regulere anleggene langt nok ned i kapasitet, vil det energimessig være fordelaktig med 3 aggregater istedenfor 2. [...]

3.0 *LOKALISERING*

Det ble påvist mulige alternative lokaliseringer for UV-anlegget. Det er opp til leverandørene å foreslå løsning/plassering tilpasset sitt utstyr.[...] I tilstøtende lagerrom må det som nevnt tas hensyn til at en skal kjøre inn med truck.”

- (7) Innen tilbudsfristen 10. mai 2006 mottok innklagede tre tilbud, fra Sterner Aqua Tech AS (heretter kalt klager), NOKA AS og Birger Christensen AS.
- (8) Klagers pristilbud var på kr 1 533.500,-, NOKA AS` på kr 525.000,- og Birger Christensen AS` på kr 1 062.500,-. Klagers leveringstid var 42 dager, NOKA AS` på 37 dager og Birger Christensen AS` på 21 dager. Klager tilbudte 2 aggregat av typen Wedeco BX1800, med en kapasitet på 530 m³/time per aggregat. Birger Christensen AS tilbudte 3 aggregat av typen Berson In-line 1000, hvor hvert av aggregatene hadde en kapasitet på 237 m³/time. Det er på det rene at det kun var klagers tilbudte UV-anlegg som tilfredsstilte samtlige av de tekniske krav som var satt til anlegget i konkurransegrunnlaget. I tillegg fremgikk det følgende i klagers tilbud:

”**Alternativt tilbud:**

Våre Wedeco BX1000 UV-anlegg har en sertifisert kapasitet ved transmisjon T10=90 % på 222,6 m³/h. 3 UV-anlegg av denne typen er da litt for lite i forhold til kapasitet som er oppgitt i tilbudsgrunnlaget. Dersom det er aktuelt å justere sertifisert vannmengde eller antall kammer som er angitt i tilbudsgrunnlaget, ønsker vi å bli kontaktet slik at Sterner Aqua Tech kan gi en alternativ pris på en slik løsning. 3 x BX1000 vil ha betydelig lavere driftsutgifter enn 2 x BX1800.”

- (9) Under tilbudsevalueringen fant innklagede at kapasitetskravene som var satt til UV-anlegget var unødvendig strenge. Ved å redusere kravene fant innklagede at tilbudet fra Birger Christensen AS kunne godtas, og videre at dette tilbudet da var det økonomisk mest fordelaktig.
- (10) I e-post av 22. mai 2006 ble tilbyderne meddelt at Birger Christensen AS var tildelt kontrakten. Det ble gitt følgende begrunnelse: *”Valget er gjort ut fra grunnlagets kriterier. [...] Den valgte leverandør har gunstig pris og en meget praktisk løsning med plassering mellom membranfilterrigg og veggen mot naborommet. De har kort leveringstid. Det er inkludert automatiske viskere og trinnløs dosekontroll med mikroprosessorstyrer.”*
- (11) I en egen e-post av samme dag het det følgende om hvorfor klagers tilbud ikke var valgt:
- ”Den tilbudte løsningen med plassering på repos over den ene membranrigger ville sikkert blitt bra, men kostnadene (investeringen spesielt, men også årskostnad) var betydelig høyere enn for den valgte løsningen.”*
- (12) Senere samme dag fremmet klager følgende spørsmål per e-post: *”Hvilken type anlegg er valgt og hvor mange er valgt?”*
- (13) Dette ble besvart på følgende måte av innklagede i e-post av 23. mai 2006:
- ”Det er valgt 3 stk Berson In-line aggregater. Vi er klar over at de valgte aggregatene formelt har godkjent kapasitet som ligger noe under kravet som er satt. Det er satt i gang en prosess for å få godkjenning for høyere kapasitet. Vi er klar over at det i så fall vil ha betydning for levetiden på lampene, alternativt kan en ved behov tenke seg installert et fjerde aggregat. [...] I dette tilfellet er det nok primært aggregatenes utforming og mulighet for plassering som har hatt stor betydning for den totale prisen og dermed valget.”*
- (14) I e-post av 24. mai 2006 påklagde Sterner Aqua Tech AS innklagedes tildelingsbeslutning, og påpekte at det kun var klagers tilbud som tilfredsstilte kapasitetskravene i konkurransegrunnlaget.
- (15) I e-post av 26. mai 2006 ble tilbyderne meddelt at innklagede hadde opphevet tildelingsbeslutningen, og de tre leverandørene ble bedt om å inngi nye tilbud, basert på det reduserte kapasitetskravet som innklagede hadde funnet tilstrekkelig under tilbudsevalueringen. Fra e-posten hitsettes følgende:
- ”I løpet av prosessen har en kommet til at det kan aksepteres en mindre kapasitet på UV-anlegget enn tidligere lagt til grunn. Kapasitet på ca 450 m³/time vil være tilstrekkelig. Fortsatt skal det være ett aggregat i reserve, dvs enten 2 aggregater a ca 450 m³/time eller 3 aggregater a ca 225 m³/time. Sør-Odal kommune ber derfor om revidert tilbud basert på disse forutsetningene.”*
- (16) Klager besvarte innklagedes henvendelse i brev av 29. mai 2006, hvor klager påberopte at endringen i kravspesifikasjonen var så betydelig at den fordret ny kunngjøring av konkurransen. Videre påberopte klager at vedkommende hadde rett

til å forhandle, som eneste firma som hadde oppfylt opprinnelig kravspesifikasjon. Ny leveringstid ble oppgitt til å være 14 dager for det opprinnelige tilbudte anlegg.

- (17) Etter dette avholdt partene et forhandlingsmøte 9. juni 2006. I møtet ble partene enige om at klager skulle inngi et nytt tilbud basert på det nye kapasitetskravet. Det gjorde klager i brev av 13. juni 2006. Her tilbudte klager 3 aggregat av typen BX1000, med en total kapasitet på 445,2 m³/time, når det ble sett vekk fra reserveaggregatets kapasitet. Hvert aggregat hadde med andre ord en kapasitet på 222,6 m³/time. Aggregatene skulle plasseres vertikalt ved siden av hverandre i et tilstøtende rom til prosessrommet. Klagers totalpris var på kr 918.496,- eks mva og 1 148.120,- inkl mva. Leveringstiden var 6 uker.

- (18) I brev av 27. juni 2006 ble klager gitt følgende tilbakemelding:

”Som tidligere opplyst var Deres første tilbud for dyrt til å kunne aksepteres, likeså var Deres forslag til arrangement av prosessutstyret ikke tilfredsstillende. Deres reviderte tilbud ligger fortatt prismessig over Vannverkets forventninger, samtidig som nytt forslag til arrangement av prosessutstyret fortsatt ikke er tilfredsstillende, og gir for store driftsmessige ulemper. Vi har også notert oss at Deres leveringstid er ca 6 uker, hvilket gjør at leveransen/driftsklart anlegg blir for sent for Vannverket. [...] Sør-Odal Vannverk finner ikke å kunne akseptere Deres tilbud.”

- (19) I e-post av 28. juni 2006 meddelte innklagede Sterner Aqua Tech AS følgende:

”Siden kommunens forsøk på anskaffelse etter konkurranse med forhandling (hvor De var en av tilbyderne) har mislykkes vil kommunen gå til direkte anskaffelse. [...] Sør-Odal kommune har ennå verken valgt eller inngått avtale med annen leverandør, men vil starte slik prosess omgående slik at installasjon kan skje snarest mulig.”

- (20) Birger Christensen AS innga i brev av 30. juni 2006 et tilbud på 3 aggregat av typen Berson In-Line med en kapasitet på 237 m³/time per aggregat. Tilbudt pris var på kr 850.000,- og ferdigstillelse var satt til 22. juli 2006, under forutsetning av at bestilling ble foretatt innen 3. juli 2006.

- (21) Etter dette ble kontrakt inngått med Birger Christensen AS 4. juli 2006. Av kontrakten fremgår det at UV-anlegget skulle være ferdig installert 22. juli 2006. Kontraktssummen var på kr 850.000,- eks mva og 1 062.500,- inkl mva for et anlegg med 3 aggregat med en kapasitet på 237 m³/time per aggregat.

- (22) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 5. juli 2006.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (23) Klager fikk uoppfordret tilsendt konkurransegrunnlaget i slutten av april 2006. Konkurransen var ikke kunngjort i Doffin databasen.
- (24) Under evalueringsmøtet spurte klager særskilt om hvor UV-anlegget kunne plasseres, blant annet om det ville bli godtatt med plassering av anlegget på repos over membranriggen. Dette ble besvart bekreftende, noe som var avgjørende for at

klager ønsket å inngi tilbud. I ettertid har innklagede hevdet at klagers plassering ikke var tilfredsstillende.

- (25) Et avgjørende moment for om klager ville inngi tilbud var også at kravet til kapasitet i konkurransegrunnlaget ble opprettholdt. Dette ble besvart bekreftende på møtet, jf møtereferatet.
- (26) Det nye kapasitetskravet passer perfekt til tilbudet fra Birger Christensen AS. Det nye kravet avviker vesentlig fra det opprinnelige.
- (27) Idet klager var den eneste som tilfredsstilte samtlige av de tekniske krav som var stilt i den opprinnelige kravspesifikasjonen, skulle de øvrige tilbudene vært forkastet. Birger Christensen AS' tilbudte anlegg hadde kun en kapasitet på 230 m³/time, hvilket utgjorde en underkapasitet på 13 % i forhold til konkurransegrunnlagets opprinnelige krav om en kapasitet på 265 m³/time per aggregat ved leveranse av 3 aggregat. Innklagede skulle inngått i reelle forhandlinger med klager, eventuelt kunngjort konkurransen på nytt. De forhandlingene som ble ført med klager var ikke reelle. Innklagede hadde bestemt seg for leverandør på forhånd. Innklagede har hele tiden prøvd å finne argumenter for å avvise klagers tilbud.
- (28) Tildelingen av kontrakt til Birger Christensen AS, som ikke tilfredstilte konkurransegrunnlagets opprinnelige kapasitetskrav, samsvarer ikke med regelverket.
- (29) Det antatte tilbudet var på kr 1 062.500 inkl mva, mens klagers nye tilbud var på kr 1 148.120,- inkl mva, hvilket utgjør en differanse på kr 85.620,-. Etter hensyntagen til driftskostnadene over 20 år ville klagers tilbud blitt det økonomisk mest fordelaktige.
- (30) Innklagede brukte bevisst unødvendig lang tid, for så å prøve å benytte reglene om direkte anskaffelse. Fra tilbudsfristen til forhandlingstidspunktet gikk det unødvendig lang tid.
- (31) Klager ble involvert i anskaffelsen under uriktige forutsetninger, med et inntrykk av at dette var en åpen/reell anbudskonkurranse.

Innklagedes anførsler:

- (32) Bakgrunnen for anskaffelsen var at det var registrert koliforme bakterier på rensed vann. Dette medførte usikkerhet, særlig pga fugleinfluensaen, idet vannverket blant annet leverer vann til hønserier. Mattilsynet hadde kommentert situasjonen som uheldig. Selv om tilsynet ikke hadde utstedt noe formelt vedtak om rensing, var kommunen nødt til å anskaffe ytterligere renseutstyr. Det var av avgjørende betydning at dette kom på plass så raskt som mulig i løpet av sommeren, idet det var i denne perioden smittefaren var størst.
- (33) Utgangspunktet etter avvisning/totalforkastning av samtlige tilbud, er at det skal kunngjøres en ny konkurranse om oppdragsgiver fremdeles ønsker å gjennomføre anskaffelsen. I dette tilfellet ville imidlertid en ny kunngjøring medført at innklagede ikke fikk realisert formålet med selve anskaffelsen, det vil si installasjon av UV-anlegget i løpet av sommeren 2006. Denne situasjonen var kommunen kommet

uforskyldt opp i. Det var først gjennom de inngitte tilbud at kommunen ble oppmerksom på at en måtte redusere kapasitetskravet om en ville oppnå et mest mulig fordelaktig tilbud. På dette tidspunkt hadde ikke kommunen tid til å gjennomføre en kunngjort konkurranse. Kommunen foretok derfor et lovlig direkte kjøp etter forskriftens § 11-2 (1) bokstav d. At det var adgang til dette underbygges også av at alle de tre tilbyderne fikk anledning til å inngi revidert tilbud på grunnlag av det nye kapasitetskravet. Direkte anskaffelsen medførte at leveransen ble ferdigstilt innenfor akseptabel tid.

- (34) Klagers opprinnelige tilbud var aldri aktuelt, fordi det prismessig var altfor dyrt, og fordi tilbudt leveringstid og plassering av anlegg var lite tilfredsstillende. Klagers nye pristilbud var fremdeles noe høyere enn valgte leverandørs, og klager hadde fortsatt lang leveringstid. Dette tilbudet ble ikke valgt på grunn av høy pris, lang leveringstid og lite hensiktsmessig plassering av anlegget. Valgte leverandørs pristilbud var rimeligere enn klagers, hadde kort leveringstid og en god plassering av anlegget.
- (35) Det ble i referatet fra tilbudsbeferingen uttalt at minimumsvannføringen måtte påregnes ned til 100 m³/time, altså en reduksjon i forhold til konkurransegrunnlagets oppgitte 160 m³/time, at vannføringen ville bli mindre enn 50 % av 530 m³/time en vesentlig del av tiden, og at det ville være mer fordelaktig med 3 aggregat istedenfor 2. Det ble ikke godtatt noen plasseringer under beferingen, kun påvist mulige plasser. Å finne en god plassering var en del av konkurransen. Konkurransen var reell, og innklagede har ikke forsøkt å favorisere valgte leverandør. Alle tilbyderne ble behandlet likt.

Klagenemndas vurdering:

- (36) 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 av 15. juni 2001 nr 616 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Innklagedes konkurransegjennomføring uten kunngjøring i Doffin databasen

- (37) Ifølge fremlagt dokumentasjon tok innklagede allerede i februar 2006 kontakt med en rekke leverandører for å klargjøre hvorvidt disse ville være interessert i å inngi tilbud, samt for å klargjøre kostnadsnivået for anskaffelsen. Dette innebærer at behovet for anskaffelsen senest var oppstått på dette tidspunkt. Konkurransegrunnlaget ble imidlertid først sendt ut i slutten av april. Hvorfor dette ikke skjedde tidligere har innklagede ikke kommentert. Innklagede har heller ikke ellers redegjort for hvilke omstendigheter som gjorde at anskaffelsesprosessen ikke kunne iverksettes tidligere. Nemnda viser til at det er innklagede som har bevisbyrden for at unntaksbestemmelsene om direkteanskaffelser kommer til anvendelse, og at unntaksbestemmelsene må fortolkes snevert. Nemnda legger da til grunn at det ikke er godtgjort at innklagede manglet tid til å gjennomføre den første konkurransen på ordinær måte, med kunngjøring i Doffin databasen.
- (38) Innklagede har dermed gjennomført en direkte anskaffelse uten å ha rettslig grunnlag for dette i forskriftens § 11-2 (1) bokstav d. Nemnda kan heller ikke se at noen av de øvrige unntakene i § 11-2 (1) kunne hjemle en direkte anskaffelse i dette tilfellet.

- (39) Etter nemndas syn skulle innklagede ha klarlagt hvilket kapasitetsbehov som var ønskelig før den første konkurransen ble kunngjort, om nødvendig ved bruk av sakkyndig hjelp. Hadde det skjedd, ville innklagede ikke hatt behov for å endre kapasitetskravet underveis, og gjennomføring av ny konkurranse hadde dermed ikke vært nødvendig. Når det således var innklagedes eget forhold som medførte behovet for å gjennomføre den andre konkurransen, etter at den første var blitt avlyst, kan nemnda ikke se at dette tilfredsstiller kravet om uforutsett omstendighet i forskriftens § 11-2 (1) bokstav d. Dette innebærer at innklagede også ved gjennomføringen av den andre konkurransen, uten forutgående kunngjøring, har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse uten at det var hjemmel for det.

Klagers øvrige anførsler

- (40) Idet klagenemnda er kommet til at innklagede gjennomførte konkurransene direkte uten å ha nødvendig hjemmel for dette i forskriftens § 11-2 (1) bokstav d, finner nemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Sør-Odal kommune har brutt regelverket ved å foreta en direkte anskaffelse uten at det er påvist hjemmel for det.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda,

26. mars 2007

Jakob Wahl