



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av luktreanseanlegg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarhet i anskaffelsesloven § 5 ved å gi en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 15. januar 2007 i sak 2006/17

Klager: Biologisk Luktreising

Innklaget: Eidsberg kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Etterprøvbarhet. Alternativt tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Eidsberg kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 22. juni 2005 en konkurranse vedrørende luktreanseanlegg. Det kom kun inn ett tilbud, og innklagede avlyste derfor konkurransen.
- (2) Konkurransen ble kunngjort på nytt 23. august 2005, men denne konkurransen ble kansellert da den var basert på frister som var for lange i forhold til hensiktsmessig fremdrift for prosjektet.
- (3) Anskaffelsen ble endelig kunngjort i Doffin som konkurranse med forhandling 14. september 2005, og frist for å be om deltakelse ble satt til 26. september 2005. Konkurranses grunnlaget ble også sendt ut 26. september.
- (4) Det var i kunngjøringen svart "Nei" på om alternative tilbud tas i betraktning.
- (5) Av vedlegg 3 (G-PROG) til konkurransegrunnlaget framgikk følgende på side 00-1:

"Under prosjektering av anlegget har konsulenten festet seg med følgende konsept:

- *Luktreanseanlegget bygges med to trinn; først foto-oksidasjon, dernest filtrering med aktivt kull.*
- *Utslipp av luktreanset punktavsug blandes inn i det generelle avkast for ventilasjon.*

Dette konseptet er godkjent av byggherren og er det man primært ønsker tilbudt.

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

Om tilbyderen føler sterkt for alternativt konsept som kan innfri kravene og som han for øvrig mener er fordelaktig kan han som alternativ tilby også dette."

- (6) Under punkt "3. Funksjonskrav" i beskrivelsen av renseanlegget på side 36-1 i G-PROG framgikk blant annet:

"Rensede punktavsug kastes ut over tak for best mulig spredning og fortynning."

- (7) Videre framgikk følgende under den tekniske beskrivelsen på side 36-2:

"En forstudie har konkludert med at Mysen renseanlegg skal utstyres med et totrinns tørt renseanlegg og leverandøren bør derfor primært tilby det."

- (8) Samme sted avsluttes skjemaet med den tekniske beskrivelsen som følger:

"Forespørselen og dette skjema er basert på overbevisningen om at Photooksidasjon med Aktivt kull sluttfilter vil være den best egnede løsning i dette prosjektet."

- (9) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier i uprioritert rekkefølge:

"1. Tekniske forhold

- Dokumentert pålitelighet m.h.t. kvalitet, servicevennlighet og vedlikeholdsbehov.*
- Tilbudte produkt- og materialkvaliteter.*
- Dokumenterte erfaringer med tilsvarende utstyr/referanser.*
- Kapasitet og fleksibilitet i utførelsen av arbeidet.*
- Teknologisk kompleksitet/driftsmessige forhold.*

2. Kommersielle forhold

- Totale entreprisekostnader.*
- Drifts- og vedlikeholdskostnader for tilbudt utstyr.*
- Eventuelle forbehold fra tilbyder.*
- Økonomisk fundament/soliditet.*

3. Prosjektadministrative forhold

- Prosjektorganisasjon.*
- Internkontroll og kvalitetssikring."*

- (10) Som bebudet i konkurransegrunnlaget ble det gjennomført felles befaring 3. oktober 2005. Spørsmål som her ble stilt ble notert og besvart ved e-post av 11. oktober 2005 til alle tilbyderne.

- (11) Innen tilbudsfristen 17. oktober mottok innklagede 5 reelle tilbud. To av disse kom fra klager som leverte ett tilbud hvor rensingen skulle skje med fotooksidasjon og aktivt kullfilter, og ett tilbud med rensing ved biologisk filter.

- (12) I innstilling før forhandlinger fra innklagedes konsulent (Norconsult) datert 25. oktober 2005 ble det blant annet uttrykt følgende om klagers tilbud med rensing ved biologisk filter:

”Av to uavhengige grunner bør dette tilbudet forkastes:

- Tilbudet forutsetter tilgjengelig plass utendørs – som ikke er klarert.*
- Løsningen umuliggjør spredning av restutslipp fordi dette avleveres i lav høyde og uten impuls. Resultatet kan bli at selv med god rensing kan man risikere at restutslippet akkumuleres opp og periodisk blåser eller siger over til naboen.”*

- (13) Av forhandlingsinvitasjonen i e-post 4. november 2005 fremgikk følgende:

”Det vises til dagens samband over e-post og telefon.

De mottatte tilbud har vært gjenstand for grundige vurderinger.

Før vi gjør det endelige valg av leverandør ønsker vi et møte hvor vi kan samtale om deres tilbud.

I utgangspunktet er det tilbudet på fotooksidasjon og kullfilter vi snakker om.”

- (14) Klager hevder å ha forsøkt å starte en dialog om tilbudet med biologisk filter under forhandlingsmøtet, men at forsøket ble avvist av innklagedes konsulent. Møtereferatet datert 11. november 2005 er taust på dette punktet, og refererer kun til dialog om tilbudet med fotooksidasjon og kullfilter. Følgende fremgår imidlertid av klagers kommentarer til referatet i e-post av 13. november:

”[Klager] har registrert at biologisk luftfilter er rimeligste løsning for dette anlegget, men at det er et uttrykt ønske om UV-behandling og kullfilter.”

- (15) Følgende fremgikk av meddelelsen om innklagedes konsulents innstilling av 29. november 2005:

”[Innklagede] mottok 5 tilbud.

To av tilbudene var på annen teknikk enn beskrivelsens fotooksidasjon og kullfilter. De er vurdert men forkastet. De resterende tilbud har vært gjenstand for tilbudskonferanser og evaluering.

Norconsult innstiller på vegne av [innklagede] å tildele kontrakten til Miljø-Teknologi AS ut fra en totaløkonomisk vurdering i henhold til kriteriene i konkurransegrunnlaget

- 1. Tekniske forhold.*
- 2. Kommersielle forhold.*
- 3. Prosjektadministrative forhold.*

Grunnlaget for innstillingen baserer seg på at innstilte kandidat hadde lavest tilbudspris. Tilbyder leverte et komplett tilbud mht. dokumentasjon av og kvalitet på alle etterspurte områder.

Tilbydere som ikke nådde opp kan klage over tildelingsbeslutningen, jamfør forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2).

Klagen skal være skriftlig og sendes Norconsult ved Lars Magnussen innen 14. desember.”

- (16) Klager ba i brev av 12. desember 2005 blant annet om utfyllende begrunnelse:

”[Klager] ber derfor om å få tilsendt en utvidet begrunnelse i første omgang. Denne dokumentasjonen må i det minste inneholde navn på tilbydere, tilbudspris, evt. Justerte tilbud etter forhandlinger, sammenligninger av leveransenes innhold m.v.

I den forbindelse kreves klagefristen satt til 14 dager (...) etter at slik dokumentasjon er mottatt.”

- (17) Fra innklagedes svarbrev av 22. desember hitsettes:

”Begge de innkomne alternative tilbudene ble vurdert, men en fant ikke grunn til å gå videre med dem, ettersom de ikke ble vurdert som tilskrekkelig gode i forhold til forespurt teknikk.

Når det gjelder Deres alternative tilbud, ble det vurdert slik at løsningen ikke muliggjør spredning av restutslipp fordi dette avleveres i lav høyde uten impuls. Resultatet kan bli at selv med god rensing kan det risikeres at restutslippet akkumuleres opp og periodisk blåser eller siger over til naboen.

De resterende kvalifiserte, herunder [klager], ble innkalt til forhandlinger som ble avholdt 10. november 2005. Etter forhandlingene ble tilbudssummene noe redusert. Miljø-Teknologi hadde det laveste, Oddvar I Bjordal det mellomste, og [klager] den klart høyeste prisen. Evalueringen viste at i tillegg til lavest pris, hadde tilbudet fra Miljø-Teknologi AS også den beste dokumentasjonen og de beste referansene.”

- (18) Kontrakt ble inngått 23. desember 2005.

- (19) Følgende hitsettes fra anskaffelsesprotokollen datert 31. januar 2006:

”1. del av tilbudsevalueringen.

Her ble de 2 alternative tilbudene forkastet med følgende begrunnelse:

Biologisk luktrensing:

Biologisk rensing av lukt er vurdert og er i prinsippet en mulig løsning, men det må da være av en bedre kvalitet enn det tilbudte slik at vi har:

Full kontroll med temperatur og fuktighet gjennom alle årstider.

Kanalisert avkast som kan fortynnes sammen med det generelle ventilasjonsavkast og deretter spres med stor utgangshastighet gjennom skorstein.

(...)

[De alternative tilbudene] forkastes som ikke gode nok i forhold til de tekniske kriteriene i konkurransegrunnlaget, og en oppgradering til ønsket teknisk standard forventes å gjøre dem økonomisk uinteressante. Den beste dokumentasjonen på dette er NORVAR-rapporten.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Innklagede har ikke gitt utvidet begrunnelse etter klagers anmodning. Det at innklagede nekter innsyn i prosessen er i strid med prinsippet om etterprøvbarehet, gjennomsiktighet og forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (21) Klager kan ikke se at klagers alternative tilbud ble avvist, og mener derfor at det burde vært vurdert etter tildelingskriteriene på linje med de øvrige tilbudene. Når det åpnes for alternative tilbud, er det ikke anledning til å la det telle negativt ved evalueringen av det alternative tilbudet at det avviker fra konkurransegrunnlagets spesifikasjoner når disse spesifikasjonene kun passer for ikke-alternative tilbud. Klagers alternative tilbud var da det økonomisk mest fordelaktige, og skulle vært tildelt kontrakt.
- (22) Om konkurransegrunnlaget forutsetter fotooksidasjon og kullfilter, og det alternative tilbudet ble avvist, er det uansett usaklig forskjellsbehandling og begrensning av konkurransen å ekskludere biologisk luktrensning når begge de to rensemetodene vil kunne gi den ønskede renseeffekten.
- (23) Innklagede bygger også på feil faktum. Kommunen legger i sitt tilsvare til grunn at det kun er de meget store og høyt industrialiserte anleggene for biologisk luktrensning som tilfredsstiller de ønskede kravene, og refererer til NORVARs rapport. NORVARs rapport inneholder imidlertid ingen dokumentasjon som underbygger dette, og det er i tillegg uklart hvilke krav kommunen her snakker om. I G-PROG side 36-2 under den tekniske beskrivelsen legges det til grunn at fotooksidasjon og kullfilter vil være den beste tekniske løsningen. Denne forutsetningen kan ikke begrunnes i innklagedes prosjektnotat nr. 4 som ble utarbeidet av innklagedes konsulent i forkant av anskaffelsesprosessen.

Innklagedes anførsler:

- (24) Innklagede bestrider å ha handlet i strid med kravet til etterprøvbarehet. Klager har fått de underretninger og begrunnelser han har bedt om, det er ført anskaffelsesprotokoll og utarbeidet grundige innstillinger og ført møtenotater som er overlevert tilbyderne.
- (25) Innklagede har heller ikke handlet i strid med likebehandlingsprinsippet. Innklagede står fritt til å velge ønskede tekniske og funksjonelle løsninger så lenge de ikke kommer i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 5-2. Spesifikasjonene er ikke i strid med § 5-2.
- (26) De vurderinger som er gjort med hensyn til ønsket luktrenseanlegg er videre grundige og objektive. Valget av type renseanlegg må anses å ligge innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn og utenfor det klagenemnda kan prøve.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Kontrakt ble inngått 23. desember 2005 og klagen ble fremsatt 6. januar 2006. Klagen er således rettidig. Oppdragsgiver, virksomhetssektor og kontraktstype omfattes av forsyningsforskriften (FOR-2003-12-05-1424 FAD), jf §§ 3, 4 og 8 i.f., men anskaffelsens verdi er under terskelverdiene i forsyningsforskriften § 11. I kunngjøringen er anskaffelsesform

angitt til konkurranse med forhandlinger, uten at det er presisert noe nærmere om hvilket regelverk som skal anvendes. Anskaffelsen reguleres da av lov om offentlige anskaffelser.

Etterprøvnbarhet

- (28) Det følger av kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at innklagede plikter å oppgi hvilke tildelingskriterier som skal legges til grunn. Videre følger det av kravet til etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at innklagede plikter å begrunne valget overfor klager. Begrunnelsen må være tilstrekkelig til å vise at de oppgitte tildelingskriteriene ble lagt til grunn for tildelingsbeslutningen.
- (29) Innklagede har i sitt brev av 22. desember 2005 begrunnet tildelingsbeslutningen med at valgte leverandør hadde lavest pris og best dokumentasjon og referanser. Begrunnelsen er mangelfull. Tildelingskriteriet "Prosjektadministrative forhold" er ikke nevnt overhodet, og tildelingskriteriene "Tekniske forhold" og "Kommersielle forhold" er ikke kommentert på en måte som gjør det mulig for tilbyderne å kontrollere hvordan disse kriteriene er vurdert. Når den begrunnelsen innklagede har presentert ikke er tilstrekkelig til vise at alle tildelingskriteriene er vurdert eller på hvilken måte de er vurdert, er begrunnelsen i strid med kravet til etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Alternative tilbud

- (30) Det fremgår av konkurransegrunnlagets vedlegg "G-PROG" på side 00-1 at innklagede primært ønsker tilbudt et to-trinns luktreanseanlegg med fotooksidasjon og aktivt kullfilter, og at utslippet fra det tilbudte luktreanseanlegget skal blandes inn i det generelle avkast fra ventilasjon.
- (31) Samme sted åpnes det for tilbud basert på alternative konsept som kan innfri kravene.
- (32) Klagenemnda bemerker at dersom oppdragsgiver har åpnet for alternative tilbud, er oppdragsgiver ikke forpliktet til å velge et alternativt tilbud, selv om dette er økonomisk mer fordelaktig enn tilbud basert på det i konkurransegrunnlaget primært etterspurte, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/149. Oppdragsgiver plikter imidlertid å foreta en forsvarlig vurdering av de alternative tilbudene. Etter sakens dokumentasjon synes innklagedes vurdering av de alternative tilbudene å tilfredsstille dette kravet.
- (33) Hvorvidt fotooksidasjon og kullfilter vil være en bedre teknisk løsning for dette anlegget, er en innkjøpsfaglig vurdering som klagenemnda ikke overprøver.

Konklusjon:

Eidsberg kommune har brutt kravet til etterprøvnbarhet i anskaffelsesloven § 5 ved å gi en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,
15. januar 2007

Andreas Wahl