



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en konkurranse for anskaffelse av et "Imaging system" til bruk i arbeid med DNA/RNA og proteiner innen biologisk kjemi. Klagenemnda fant at innklagede har brutt forskriftens § 13-2 (2) og likebehandlingsprinsippet i lovens § 5 ved å legge vekt på positiv egen erfaring med systemet valgte leverandør tilbød uten å skaffe seg tilsvarende kunnskap om systemet klager tilbød. Videre har innklagede brutt forskriften § 13-3 (1) jf. § 11-14 (1) ved å ikke gi klager tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør og kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5 ved å ikke opplyse klager om valgte leverandørs totalpris.

Klagenemndas avgjørelse 18. august 2008 i sak 2008/87

Klager: Bio-Rad Laboratories AB

Innklaget: Universitetet i Stavanger

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Tilbudsevaluering og begrunnelse

Bakgrunn:

- (1) Universitetet i Stavanger (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 7. februar 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av et "Imaging system" som skulle benyttes i arbeidet med DNA/RNA og proteiner innen biologisk kjemi.
- (2) I Enclosure A i konkurransegrunnlaget var det gitt en nærmere beskrivelse av anskaffelsen og stilt opp funksjonskrav:

"General description and goal

An important aspect within biological chemistry research projects at the University of Stavanger is to identify and characterize DNA/RNA, proteins and protein – protein as well as DNA/RNA – protein interactions in gels and blots by using radioactive and nonradioactive methods.

To complement and replace existing techniques based on film, we wish to purchase a complete imaging system consisting of one or several instruments for easy, rapid, and reliable characterization and quantification of DNA/RNA and protein gels and blots based on radioactive and nonradioactive methods. Nonradioactive methods should include fluorescence (use of various fluorophores), chemiluminescence (for example quantification of ECL/ECL+ based western) and cover DNA- and protein stained gels. Besides the specific instrument(s) covering radioactive, chemiluminescent and fluorescent methods we wish, in addition, purchase a gel-documenting instrument for routine analysis of ethidium bromide/fluorescent gels and stained gels/blots.

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

Specifications

Please address the following specifications when submitting your quotation/offer:

- 1. Please provide a description of your offer and the advantage of the instrument or instrument combination.*
- 2. The instrument(s) should have an excellent sensitivity and performance.*
- 3. A service contract should be included for the instrument(s), preferably for more than one year.*
- 4. For radioactive gels/blots, include the number of radioactive nuclei that can be detected together with the sensitivity of the instrument and/or other key features. Appropriate accessories should be described. We wish additional two imaging screens w/cassettes which should be included in the offer.*
- 5. For the nonradioactive gels/blots, we wish to have a broad range of fluorophores that can be detected and quantified. Please provide a description of the fluorophores that can be detected by the offered instrument.*
- 6. Easy data acquisition and analysis would be welcome. In case of scanners, please specify acquisition times for the various applications.*
- 7. Hardware/software that are included with the instrument should be specified.*
- 8. Included accessories and spare parts should be specified.*
- 9. Special accessories for the instrument, for example a required type of power-supply, etc. should be indicated.*
- 10. Data sheet(s) for complete instrument specifications should be included in the quotation."*

- (3) Tildelingskriteriene fremgikk av punkt 9 i konkurransegrunnlaget:

"9. Selection Criteria

UiS will choose the commercially most advantageous tender based on below criteria including the following weighting:

<i>Selection criteria:</i>	<i>Weighting (%)</i>
<i>a) Instrument performance and quality based on the specifications in enclosure A</i>	<i>60 %</i>
<i>b) Price/cost</i>	<i>40 %"</i>

- (4) Frist for å levere tilbud var 7. mars 2008 kl. 12.00. Ved utløpet av fristen hadde fire leverandører levert tilbud. Blant disse var GE Healthcare (heretter kalt valgte leverandør) og Bio-Rad Laboratories (heretter kalt klager).
- (5) Hos innklagede ble det redegjort for valg av leverandør i et internt notat av 21. mai 2008:

"Offers were made by the following four companies: (i) BioRad with 5 different options ranging from NOK xxx xxx,- to NOK xxx xxx,-; (ii) Science Imaging Scandinavia AB representing FujiFilm Life Science with two alternatives of NOK xxx xxx,- og NOK xxx xxx; (iii) E. Pedersen & Sønn A/S for a KODAK Gel Logic 200 System (NOK xx xxx,-); (iv) GE Healthcare for a package (including a Typhoon Trio, Image Quant 350, Eraser, software etc.) for NOK xxx xxx,xx.

[...]

Only the offers by BioRad and GE Healthcare explicitly addressed our specifications. However, some of the descriptions/ specifications provided by GE Healthcare were much more detailed an in-depth compared to the specifications given by BioRad, such as for example single- or dual-channel scanning times.

During our evaluations of the different tenders, it became clear that two professors in our group do research and have expertise in using fluorescent and radioactive imaging solutions at other universities (Oslo and Munich) including the usage of Typhoon Trio. Both persons, independently, recommended the Typhoon Trio/Image Quant 350 system by GE Healthcare. Not only represents the GE Healthcare system a proven "state-of-the-art" instrumentation, but the group as a whole will benefit from the expertise in using the Typhoon. Although the offer by BioRad appeared to be similar, there were reservations in the group, because of the lack of positive experience about quality, durability and easiness using BioRads Pharos FX Plus / GelDoc XR / ChemiDoc XRS."

- (6) Klager ble informert om valg av leverandør i brev av 23. mai 2008. Fra brevet hitsettes:

"We are referring to our Inquiry no 09/08 for procurement of Imaging System and your tender.

We received four tenders. They all met the formal qualification requirements and were considered for the contract.

After a thorough evaluation of the tenders, GE Healthcare is considered the commercially most advantageous tender based on the criteria in the competition basis. We have for this reason decided to award contract to GE Healthcare.

The evaluation was based on the following criteria:

Price/cost, weight 40 %.

Instrument performance and quality based on the specifications in enclosure A, weight 60 %.

The following is an extract of our evaluation.

BioRad offered 5 different options Pharos FX Plus including GelDoc XR or ChemiDoc XRS. GE Healthcare offered a package including a Typhoon Trio, Image Quant 350, Eraser, software etc.

Both the offers by BioRad and GE Healthcare explicitly addressed our specifications. Some of BioRads options were cheaper than GE Healthcare. However, what weighs more is that some of the descriptions/specifications provided by GE Healthcare were

much more detailed and in-depth compared to the specifications given by BioRad, such as for example single- or dual-channel scanning times. For this reason GE Healthcare is considered to meet the criteria regarding instrument performance and quality in a very good manner. BioRad's option 1 and 2 is considered to meet the criteria in a medium good manner."

- (7) Saken ble klaget inn for KOFA ved brev av 28. mai 2008.
- (8) Etter at saken ble klaget inn for KOFA har innklagede gitt en supplerende begrunnelse for valg av leverandør:

"Reference is made to the complaint by BioRad and our previous letter to you concerning our decision on the Imaging System, from which I copy the following part:

".....Only the offers by BioRad and GE Healthcare explicitly addressed our specifications. However, some of the descriptions/specifications provided by GE Healthcare were much more detailed and in-depth compared to the specifications given by BioRad, such as for example single- or dual-channel scanning times.

During our evaluations of the different tenders, it became clear that two professors in our group do research and have expertise in using fluorescent and radioactive imaging solutions at other universities (Oslo and Munich) including the usage of Typhoon Trio. Both persons, independently, recommend the Typhoon Trio/Image Quant 350 system by GE Healthcare. Not only represents the GE Healthcare system a proven 'state-of the-art' instrumentation, but the group as a whole will benefit from the expertise in using the Typhoon. Although the offer by BioRad appeared to be similar, there were reservations in the group, because of the lack of positive experience about quality, durability and easiness in using BioRads Pharos FX Plus /GelDoc XR /ChemiDoc XRS."

I think it is very important that having experience and expert knowledge to a certain instrumentation (such as in case of the Typhoon) should be explicitly acknowledged and not being removed in your official decision letter to the companies. As I have already mentioned with respect of a recently acquired spectrophotometer, it can become quite troublesome when ignoring positive experiences for a certain instrumentation, and only relying on (more or less incomplete) specifications. I hope that in our next tenders you will transmit all of our views/arguments to the companies.

Here are additional arguments why we chose the offer by GE Healthcare and in particular the Typhoon:

- The Typhoon is water and air tight. The scanning area of the Typhoon is sealed, preventing water and dust leakage into the system. The optical area is sealed against dust and the cooling is arranged with a special "heat transfer tube" instead of traditional fans keeping the optics clean.*
- Both BioRad and Typhoon have beam splitters, but the Typhoon has three preinstalled beamsplitters enabling flexible usage of fluorophores and room for one extrain an automatic beamsplitter exchanger.*

- *The Typhoon has a higher resolution, i.e., 25 vs. 50 nm, which gives the user an option to use the system for more demanding applications like protein arrays. In addition, Typhoon has an option to upgrade to 101.1nm resolution, extending the usage of the system to DNA and protein arrays.*
- *The Typhoon has two confocal optics, which improves image quality and sensitivity. Having two optics enables optimal detection of thin and thick samples.*
- *The Typhoon has seven preinstalled filters and room for seven extra ones in an automatic filter exchanger, which enables optimal detection of fluorophores. The empty slots in the exchanger enable users to add custom filters giving the possibility to work with new fluorophores that require different filters. Due to the big capacity there is no need to exchange filters.*
- *Although BioRad and Typhoon have two PMTs (photomultiplier tubes), one of the PMT in the Typhoon is cooled. To our knowledge none of the BioRad PMTs are cooled."*

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Meddelelsesbrevet fra innklagede viser at klager ikke har evaluert tildelingskriteriet *"Instrument performance and quality based on the specifications in Enclosure A"* i henhold til de spesifikasjonene som fremgår av vedlegg A. Det fremgår ikke av meddelelsesbrevet hvordan leverandørene oppfylte kravene i vedlegg A, i stedet har innklagede henvist til annen teknisk informasjon.
- (10) Av denne grunn oppfyller begrunnelsen for valg av leverandør heller ikke kravene i forskriften. I tillegg har klager ikke fått informasjon om hvordan tildelingskriteriet *"Price/cost"* er evaluert og hvordan tildelingskriteriene er vektet.
- (11) Innklagede har ikke grunnlag for å nekte å opplyse om valgte leverandørs totalpris. Klager respekterer at hemmelighold av prisene på de enkelte komponentene i systemet, men fastholder sin rett til å få informasjon om totalprisen.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede er uenig i at det ikke er gitt begrunnelse for tildelingen ut fra tildelingskriteriene. Tildelingskriteriet *"Instrument performance and quality based on the specifications in enclosure A"* henviser til en rekke krav til dokumentasjon. Det er da saklig å legge vekt på hvilken dokumentasjon som er fremkommet i tilbudet. Dokumentasjonen fra klager har ikke vært like omfattende som dokumentasjonen fra valgte leverandør. I brev av 20. juli 2008 er forskjellene mellom klagers og valgte leverandørs tilbud beskrevet. Når det gjelder øvrige spesifikasjoner er de tilbudte systemene tilsynelatende like. Det er forskjellene som begrunner valg av leverandør, og det er derfor mest relevant å nevne forskjellene når valget meddeles de øvrige tilbyderne.
- (13) Ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Price/cost"* er hvert tilbud og hver mulig kombinasjon av komponenter gitt en score fra 1-5 der 5 er best. Det laveste tilbudet er gitt score 5, og de øvrige tilbudenes score er fastsatt forholdsmessig etter hvor mye de

avviker fra det laveste tilbudet. Leverandørenes score på tildelingskriteriet "*Instrument performance and quality based on the specifications i Enclosure A*" er opplyst i meddelelsesbrevet. Karakterene er så vektet med 40 % og 60 % i henhold til konkurransegrunnlaget. Innklagede har valgt det tilbudet som til sammen fikk høyest score.

- (14) Vi ser likevel tydelig at begrunnelsen kunne vært mer utfyllende. For en mer utfyllende begrunnelse på områder hvor klagers tilbud skiller seg fra valgte leverandørs tilbud vises til brev av 20. juli 2007.
- (15) Det valgte tilbudets totalpris, enkelte elementer i leverandørens vedlegg A og datablader anses av valgte leverandør som forretningshemmeligheter, og totalprisen er ikke gjort kjent gjennom brosjyrer eller annen offentlig tilgjengelig informasjon. Innklagede ønsker å respektere valgte leverandørs syn, og vil derfor ikke gi opplysninger til klager om dette. Det fremholdes at leverandørene på dette området konkurrerer på totalpris, og at totalprisen derfor er en opplysning som kan vri konkurransen dersom den gjøres kjent.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II.

Evaluering av tildelingskriteriene

- (17) I tilknytning til tildelingsevalueringen kan klagenemnda prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i lovens § 5, samt om innklagede har lagt riktig faktum til grunn, jf. klagenemndas sak 2007/140.
- (18) Klager har vist til at innklagede ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Instrument performance and quality based on the specifications in Enclosure A*" har lagt vekt på annen teknisk informasjon enn den som fremgår av de 10 kravene i vedlegg A.
- (19) Spesifikasjonene som fremgår av vedlegg A er svært åpent formulert, dette gjelder særlig punkt 1, som ber leverandørene beskrive utstyret de tilbyr og fordelene ved det, og punkt 10, som ber leverandørene legge fullstendige instrument spesifikasjoner ved tilbudet. Dette gir etter klagenemndas mening stort rom for innklagede ved evalueringen av de tekniske fordelene ved hvert av tilbudene. I begrunnelsene for valg av leverandør har innklagede blant annet vist til at systemet valgte leverandør tilbød var vanntett og hadde høyere oppløsning enn systemet klager tilbød, samt "*single- and dual-channel scanning times*". Klagenemnda finner at dette ligger innenfor de spesifikasjonene i vedlegg A åpner for.
- (20) Innklagedes notater vedrørende valg av leverandør viser imidlertid at innklagede også har lagt vekt på egne erfaringer med valgte leverandørs produkt ved evalueringen av tilbudene. Klagenemnda tolker klagers anførsler slik at klager mener innklagede ved å gjøre dette har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene. Dersom en oppdragsgiver legger vekt på positiv erfaring med en leverandørs produkt, uten at han skaffer seg tilsvarende kunnskap om de øvrige leverandørenes produkter, er dette i strid

med likebehandlingsprinsippet i lovens § 5, jf. klagenemndas sak 2004/180. Videre kan innklagede kun legge vekt på forhold som er angitt som tildelingskriterium i kunngjøring eller konkurransegrunnlaget, jf. forskriftens § 13-2 (2)

- (21) I dette tilfellet hadde to professorer hos innklagede tidligere benyttet systemet som ble tilbudt av valgte leverandør. Innklagedes notater viser at innklagede både har vurdert denne erfaringen som positiv i seg selv, fordi de øvrige ansatte ville ha nytte av den ved bruk av systemet, og latt erfaringen påvirke vurderingen av produktenes kvalitet. Innklagede har heller ikke forsøkt å skaffe seg tilsvarende kunnskap om klagers produkter. Det uttales at *"the group as a whole will benefit from this expertise in using the Typhoon"*, og videre at *"[a]lthough the offer by BioRad appeared to be similar, there were reservations in the group, because of the lack of positive experience about quality, durability and easiness using BioRads Pharos FX Plus/GelDoc XR/ChemiDoc XRS"*. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet i lovens § 5 ved å legge vekt på positive erfaringer med valgte leverandørs produkt ved evalueringen av tilbudene uten å skaffe seg tilsvarende kunnskap om produktet klager tilbød. Videre fremgår det ikke av tildelingskriteriene at erfaring er noe som kan vektlegges, og innklagede har dermed også brutt forskriftens § 13-2 (2)

Begrunnelse

- (22) Det følger av forskriften § 11-14 (1) at oppdragsgivers meddelelse om kontraktstildeling etter forskriften § 13-3 (1) skal *"inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbud til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier"*.
- (23) I følge *"Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar"* fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet må begrunnelsen *"vise korleis tildelingskriteria er brukte, og korleis det valde tilbodet kom i forhold til desse kriteria"* for å oppfylle kravene i forskriften § 11-14 (1)."
- (24) Av meddelelsesbrevet fremgår det at tilbudene var evaluert i forhold til kriteriene *"Price/cost"*, som var vektet med 40 %, og *"Instrument performance and quality based on the specifications in Enclosure A"* som var vektet med 60 %. Om selve evalueringen fremgikk det at enkelte av de løsningene klager tilbød var billigere enn tilbudet fra valgte leverandør, men at valgte leverandør på enkelte punkter hadde gitt mer detaljerte beskrivelser av systemet leverandøren tilbød, og at valgte leverandør derfor ble ansett å oppfylle kriteriet vedrørende ytelse og kvalitet på en meget god måte, mens klagers løsning nr. 3, 4 og 5 ble ansett å oppfylle dette kriteriet på en god måte, og klagers løsning nr. 1 og 2 ble ansett å oppfylle kriteriet på en middels god måte.
- (25) Denne begrunnelsen gir, etter klagenemndas mening, verken et klart bilde av hvordan innklagede har vurdert at leverandørenes tilbud oppfyller tildelingskriteriene, hva som er blitt vektlagt under hvert kriterium eller hvordan kriteriene er blitt vektet. Klagenemnda finner derfor at begrunnelsen ikke oppfyller kravene i forskriften § 13-3 (1) jf. § 11-14 (1).
- (26) Etter at saken ble klaget inn for KOFA, har innklagede som ytterligere begrunnelse for valg av leverandør vist til sitt notat av 20. juli 2008. Dette er sendt både til klager og til klagenemnda. Klagenemnda har tidligere fastslått at et brudd på reglene om begrunnelse

kan avhjelpes ved at det gis en ny begrunnelse som tilfredsstiller kravene i § 11-14 (1), samtidig som det fastsettes ny klagefrist og kontraktsinngåelse utsettes, jf. sak 2008/9 og sak 2006/119.

- (27) I notatet av 20. juli 2008 er det listet opp flere grunner for hvorfor innklagede mente utstyret valgte leverandør tilbød hadde høyere kvalitet enn utstyret klager tilbød. Det er imidlertid ikke gitt noen opplysninger om hvordan leverandørene er vurdert på tildelingskriteriet "*Price/cost*" eller hvordan de to tildelingskriteriene er vektet. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at heller ikke denne begrunnelsen tilfredsstiller kravene i forskriften § 13-3 (1) jf. § 11-14 (1).

Opplysningsplikt

- (28) Det neste spørsmålet er om innklagede har plikt til å opplyse klager om det valgte tilbudets totalpris.
- (29) Det følger av forskriften § 3-6 at oppdragsgiver "*plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger som tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde*". Det følger av praksis at valgte leverandørs totalpris som hovedregel ikke kan anses som en forretningshemmelighet som kan unntas offentlighet, jf. for eksempel klagenemndas sak 2005/300. Klagenemnda har i flere saker funnet at det er i strid med kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5 å unnlate å opplyse klager om valgte leverandørs totalpris, jf. for eksempel sak 2007/20. Utgangspunktet er således at klager har krav på å få opplysninger om valgte leverandørs totalpris. Spørsmålet er om det i denne saken er grunnlag for å gjøre unntak fra dette utgangspunktet. Dersom det skal gjøres unntak, er det innklagede som må godtgjøre at det foreligger særlige omstendigheter som nødvendiggjør dette.
- (30) Innklagede har begrunnet sin avgjørelse om å hemmeligholde valgte leverandørs totalpris med at leverandørene på dette området konkurrerer på totalprisen, og at det derfor vil kunne vri konkurransen dersom totalprisene ble kjent. Videre ønsker valgte leverandør at totalprisen skal holdes hemmelig, og leverandørene har ikke gitt offentlig tilgjengelig informasjon om sine priser.
- (31) I de aller fleste konkurranser vil prisen spille en stor rolle for valg av leverandør. Jo større betydning prisen har for resultatet av konkurransen, jo større betydning vil det ha for kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet at de øvrige tilbyderne kan få kjennskap til valgte leverandørs totalpris. I denne saken består de tilbudte systemene av flere forskjellige komponenter, og man kan ikke regne seg frem til prisen på komponentene ved å ta utgangspunkt i totalprisen. Klagenemnda kan på bakgrunn av dette ikke se at innklagede har godtgjort at det var nødvendig å holde valgte leverandørs totalpris hemmelig, og finner derfor at innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved å unnlate å gi klager denne opplysningen.

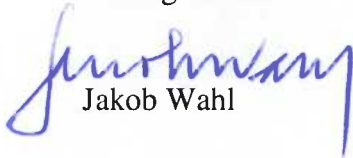
Konklusjon:

Innklagede har brutt forskriftens § 13-2 (2) og likebehandlingsprinsippet i lovens § 5 ved å legge vekt på positiv egen erfaring med systemet valgte leverandør tilbød uten å skaffe seg tilsvarende kunnskap om systemet klager tilbød.

Innklagede har brutt forskriften § 13-3 (1) jf. § 11-14 (1) ved å ikke gi klager tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.

Innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5 ved å ikke opplyse klager om valgte leverandørs totalpris.

For klagenemnda,
18. august 2008



Jakob Wahl