



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling om anskaffelse av storkjøkkenutstyr og montasje/innkjøring av dette. Klagenemnda fant at innklagede hadde utøvd et usaklig skjønn og brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å vektlegge andre forhold enn pris i tildelingsevalueringen. Videre fant klagenemnda at forskriftens § 13-3 første ledd jf. § 11-14 første ledd var brutt ved at klager ikke hadde fått noen tildelingsmeddelelse før kontrakt med valgte leverandør ble inngått.

Klagenemndas avgjørelse 18. januar 2010 i sak 2009/109

Klager: Metos AS

Innklaget: Buskerud fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Jakob Wahl

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Tildelingsmeddelelse.

Bakgrunn:

(1) Buskerud fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. februar 2009 en konkurranse med forhandling om anskaffelse av storkjøkkenutstyr og montasje/innkjøring av dette. Innklagede skulle i denne forbindelse inngå to separate kontrakter, den ene for baker- og konditorfag, og den andre for restaurant- og matfag.

(2) Av kunngjøringens punkt IV.2 om tildelingskriterier, fremgikk det at kontrakt ville bli tildelt på grunnlag av laveste pris.

(3) I innklagedes anskaffelsesprotokoll av 13. mars 2009 punkt 1.4 var det opplyst følgende om de anslåtte verdiene av kontraktene:

"Anslått verdi av kontrakten for Restaurant-/matfagsutstyr er 3,2 mill inkl mva.

Anslått verdi av kontrakten for Baker-/konditorutstyr er 1,4 mill inkl mva."

(4) Innklagede mottok tre tilbud på storkjøkkenutstyr for restaurant- og matfag innen tilbudsfristen 4. mars 2009. Tilbudene var fra Metos AS (heretter kalt klager), Termo Kjøkken AS og Myhrvold Storkjøkken AS.

(5) De tre leverandørenes tilbudssummer fremkom av innklagedes anbudsprotokoll av 4. mars 2009:

"Firma

sum ekskl. mva

1. Termo Kjøkken a/s

kr. 2.397.475,-

2. Metos a/s

kr. 2.551.418,-

3. T. Myhrvold a/s

kr. 2.558.365,-"

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

- (6) I innklagedes anskaffelsesprotokoll av 13. mars 2009 var det gitt følgende opplysninger om valg av leverandør:

"1.12

For Restaurant-/matfagutstyr ble valgt firma T. Myhrvold a/s, Oslo, på bakgrunn av laveste pris for spesifisert kvalitet.

[...]

Kontraktssum etter kontrollregning av tilbud for Restaurant-/matfagutstyr, beløper seg til kr. 3.334.756,- inkl. mva."

- (7) Innklagede inngikk kontrakt for utstyr til restaurant- og matfag med Myhrvold Storkjøkken AS (heretter kalt valgte leverandør) 16. mars 2009.
- (8) Innklagede meddelte klager i en telefonsamtale 25. mars 2009 at Myhrvold Storkjøkken AS var tildelt kontrakt. I e-poster av 30. mars og 20. april 2009 etterspurte klager begrunnelse for valg av leverandør. Innklagede besvarte ikke disse henvendelsene.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klagers brev av 11. mai 2009.
- (10) I tilsvaret av 22. oktober 2009 la innklagede ved et brev fra Arkitektkontoret Christensen & Søberg datert 2. juni 2009. I brevet ble det redegjort for tildelingsevalueringen på følgende vis:

"Firma T. Myhrvold a/s ble tilslutt innstilt og valgt, på tross av at de hadde kr. 6.947,- høyere pris enn Metos a/s. Tilbudt sum ligger på ca. kr. 2.500.000,-.

Kriteriet for valg av leverandør var laveste pris. Forutsetningen var at tilbudene ble basert på en tilsvarende eller bedre kvalitet i forhold til hva den godt spesifiserte utstyslisten beskrev. Den utsendte spesifikasjonen, sammen med planleggingen av kjøkkenverkstedene, hadde skolen arbeidet med i nesten ett år. De oppgitte effektene i spesifikasjonen beskriver minimumsverdien for ønsket kvalitet.

[...]

Generelt kan sies at T. Myhrvold a/s tilbyr gjennomgående lik eller bedre kvalitet i forhold til Metos a/s. I denne sammenhengen er høyere effekt (kw) på maskinutstyret ofte synonymt med kvalitet (og høyere pris).

Vi vil trekke frem en del eksempler hvor vi sammenligner effekt på det tilbudte utstyret. Eksempel-listen utgjør til sammen 31 enheter fra viktige posisjoner (pos 208 utgjør 18 stk tegnet/levert mot 9stk på spes.listen). Eksempellisten for maskinutstyr utgjør til sammen en verdi på 258.000,- (Metos' priser). Eksempelvis utgjør rustfrie benker/utstyr ca. 8-900.000,-.

<i>Pos.</i>	<i>Utstyrstype</i>	<i>ant</i>	<i>effekt</i> <i>Metos a/s</i>	<i>effekt</i> <i>T. Myhrvold a/s</i>
<i>Pos. 28</i>	<i>Hurtignedkjøler</i>	<i>1</i>	<i>1,2 kw</i>	<i>2,1 kw</i>
<i>Pos. 33</i>	<i>Oppskjæremaskin</i>	<i>2</i>	<i>0,1 kw</i>	<i>0,26 kw</i>
<i>Pos. 34</i>	<i>Grønnsakskutter</i>	<i>4</i>	<i>0,25 kw</i>	<i>0,5 kw</i>
<i>Pos. 57</i>	<i>Kjøttsg</i>	<i>1</i>	<i>1,2 kw</i>	<i>2,0 kw</i>
<i>Pos. 208/134</i>	<i>Koketopp</i>	<i>22</i>	<i>8,2 kw</i>	<i>10,4 kw</i>

Pos. 37 Knivsliper: Metos a/s tilbyr en svært enkel type (Chef's choice) med stål slipemedie. T. Myhrvold tilbyr en 3x så dyr maskin m/slipestein og polør-skive.

Rustfritt utstyr, godstykkelse stål 1,2 mm 1,25 mm

Vist forskjell fra disse eksemplene vil til sammen utgjøre adskillig større prisforskjell enn kr. 7.000,-.

(alle priser er oppgitt ekskl. mva)''

Anførsler:

Klagers anførsler:

Tildelingsevalueringen

- (11) Det anføres at klager skulle blitt tildelt kontrakt på utstyr til restaurant- og matfag, ettersom klagers tilbud var ca. 7 000 kroner billigere enn valgte leverandørs tilbud, og tildelingskriteriet var laveste pris.
- (12) Til innklagedes bemerkning om at klager har tilbudt billige og dårlige produkter, vil klager understreke at lavere pris på enkelte av de tilbudte produkter, ikke nødvendigvis betyr at de er av dårligere kvalitet enn valgte leverandørs produkter. For øvrig antar klager at tilbudet også omfatter produkter med høyere pris enn valgte leverandør.
- (13) Når det gjelder innklagedes bemerkning om at klager ikke oppfyller kravspesifikasjonen for enkelte produkter, påpeker klager at det er gitt tilbud på produkter med dimensjoner og funksjoner tilsvarende det som er etterspurt i kravspesifikasjonen. At klager, som andre storkjøkkenprodusenter, har andre effekter enn merkene som er beskrevet i kravspesifikasjonen, medfører ikke at produktene er dårligere. Det finnes også mange eksempler på at klagers tilbudte produkter har høyere effekt enn det som er angitt i kravspesifikasjonen. Etter klagers syn er kravspesifikasjonen uansett en beskrivelse av valgte leverandørs produkter. Hvis det ikke var mulig å tilby substituerbare produkter, så ville det ikke være mulig for andre tilbydere å være med i konkurransen. Dette ville i tilfelle vært konkurransehemmende og i strid med kravet til likebehandling.

Begrunnelse og klagefrist

- (14) Det anføres at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt ved at klager per 11. mai 2009 ikke har mottatt skriftlig informasjon om eventuell kontraktstildeling med klagefrist. Innklagedes kontaktperson lovet i telefonsamtale 25. mars 2009 at klager skulle få oversendt anbudsprotokollen sammen med begrunnelsen for tildelingen. Klager purret på dette i e-poster av 30. mars og 20. april 2009, men ingenting skjedde.

Innklagedes anførsler:

Tildelingsevalueringen

- (15) Innklagede bestrider at det er gjort feil i tildelingsevalueringen. Etter innklagedes syn er det ikke tvilsomt at valgte leverandør var best ved sammenligningen av kvalitet og pris. Det er foretatt en grundig vurdering av de ulike elementer i leveransen, hvor kvaliteten ved sammenligning av bestanddeler og materialkvalitet i de ulike produktene, er vurdert. Innklagede ønsket produkter av høy kvalitet, og var klar over at disse lå høyere i pris.
- (16) Av kravspesifikasjonen fremgikk det hvilke krav produktene måtte oppfylle med hensyn til ytelse og kvalitet. Innklagede hadde ikke adgang til å velge produkter med lavere effekt enn det som var angitt i kravspesifikasjonen. Produkter med høyere effekt gav etter innklagedes vurdering uttrykk for bedre kvalitet. Under tildelingsevalueringen gjennomgikk en arbeidsgruppe hele tilbudslisten av produkter, og fant at klager for flere sentrale produkter ikke oppfylte kravspesifikasjonen. I stedet for å tilby produkter med den etterspurte tekniske spesifisering og kvalitet, tilbød klager billigere produkter med dårligere kvalitet.

Begrunnelse og klagefrist

- (17) Arkitektkontoret som har hatt ansvaret for gjennomføring av innkjøpet for innklagede, erkjenner at det er gjort feil med hensyn til informasjon og begrunnelse til klager etter at kontrakt ble tildelt.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er kunngjort som en uprioritert tjeneste etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser Vedlegg 6 nr (17), og følger derfor lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskriftens del I og II, jf. forskriftens § 2-1 femte ledd.

Tildelingsevalueringen

- (19) Klager har anført at ettersom tildelingskriteriet var laveste pris, brøt innklagede regelverket for offentlige anskaffelser ved å velge en leverandør som var cirka 7 000 kroner dyrere enn klager. Innklagede har på sin side anført at valgte leverandørs tilbud var det beste etter en sammenligning av pris og kvalitet, og vist til at flere av klagers tilbudte produkter ikke oppfylte kravspesifikasjonen.
- (20) Tildelingsevalueringen hører i utgangspunktet inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Dette skjønnets kan bare overprøves dersom oppdragsgiver har brutt regelverket ved å legge feil faktum til grunn, eller ved å utøve et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn. Klagenemnda kan også prøve om oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5.
- (21) Av kunngjøringens punkt IV.2 fremgikk det at kontrakt skulle tildeles det tilbudet som hadde den laveste prisen. Det er uomtvistet at klagers tilbud var cirka 7 000 kroner billigere enn valgte leverandørs tilbud. Ved tildelingsevalueringen var det imidlertid vektlagt at valgte leverandørs produkter, etter innklagedes syn, hadde bedre kvalitet enn klagers produkter, og at flere av klagers produkter ikke oppfylte kravspesifikasjonen. Ettersom det fremgikk av kunngjøringen at det utelukkende var pris som var relevant ved tildelingsevalueringen, var vektleggingen av disse forhold etter nemndas syn usaklig

og i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Klagenemnda vil bemerke at eventuelle avvik fra kravspesifikasjonen kan være relevant for spørsmålet om et tilbud skal avvises. Innklagede har imidlertid ikke anført at klagers tilbud skulle vært avvist, og klagenemnda finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

Begrunnelse og klagefrist

- (22) Av forskriftens § 13-3 første ledd følger det at oppdragsgivers beslutning om hvem som tildeles kontrakt, skal meddeles alle deltakerne *"i rimelig tid før kontrakt [...] inngås"*. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget i samsvar med § 11-14 første ledd, og angi en klagefrist for leverandørene.
- (23) I den foreliggende sak er det på det rene at klager ikke fikk noen tildelingsmeddelelse før innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 16. mars 2009. Denne feilen er også erkjent av innklagede. Unnlatelsen av å gi en slik meddelelse medfører at innklagede har brutt forskriftens § 13-3 første ledd jf. § 11-14 første ledd.

Konklusjon:

Buskerud fylkeskommune har utøvd et usaklig skjønn og brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å vektlegge andre forhold enn pris i tildelingsevalueringen.

Buskerud fylkeskommune har brutt forskriftens § 13-3 første ledd jf. § 11-14 første ledd ved å unnlate å gi klager en tildelingsmeddelelse før kontrakt med valgte leverandør ble inngått.

For klagenemnda,

18. januar 2010

Tone Kleven

