



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en konkurranse med forhandling vedrørende anskaffelse av inkubatorer og varmeskap. Klager påklaget den delen av anskaffelsen som gjaldt inkubatorer. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-11 første ledd bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud vedrørende inkubatorene. Klagenemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 18. oktober 2010 i sak 2010/29

Klager: VWR International AS

Innklaget: Universitetet i Bergen

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Oppfyllelse av kravspesifikasjon

Bakgrunn:

- (1) Universitetet i Bergen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. juni 2009 en konkurranse med forhandling vedrørende leveranse av inkubatorer og varmeskap. I kunngjøringen punkt IV.3.4) var tilbudsfristen satt til 22. juni 2009 klokken 13.00. Foreliggende klage gjelder anskaffelsen av inkubatorene.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var anskaffelsens formål beskrevet på følgende måte:
"Universitetet i Bergen skal anskaffe ulike typer inkubatorer og varmeskap til det nye laboratoriebygget. Kravspesifikasjonen og antall fremgår av Vedlegg 3 Kravspesifikasjon."
- (3) Kontrakten var i kunngjøringen punkt III.2.2) og II.3) oppgitt å ha en varighet på 36 måneder, med opsjon på 12 måneder.
- (4) Det ble foretatt syv tilleggskunngjøringer i konkurransen, som gjengis i det følgende:

"Dato	Tittel	Beskrivelse
12.06.2009 10:23:06	Presisering til konkurransegrunnlag	Hei, det er kommet en god del spørsmål til konkurransegrunnlaget. Disse vil bli besvart under ett senere. Vi vil presisere to ting her: 1. Tilbudsfrist er 22.06.2009 kl. 13.00 som

		<i>kunngjort på Doffin. 2. Garantitid skal være 3 år, som spesifisert i pkt. 4 i Kravspesifikasjon, ikke 5 år som det står i pkt. 2. Mvh Jan Berger Henriksen</i>
<i>18.06.2009 12:33:39</i>	<i>Tidsfristen for innlevering av tilbud og/eller kunngjøringens tidsfrist er blitt forandret</i>	<i>Tidsfristen ble forandret fra 22.06.2009 13:00 til 30.06.2009 13:00. Manglende avklaring av leverandørspørsmål.</i>
<i>24.06.2009 10:35:37</i>	<i>Tidsfristen for innlevering av tilbud og/eller kunngjøringens tidsfrist er blitt forandret</i>	<i>Tidsfristen ble forandret fra 30.06.2009 13:00 til 09.07.2009 13:00 Gi leverandørene tilstrekkelig tid til å bearbeide tilbud etter utsendelse av svar på spørsmål (26.06).</i>
<i>02.07.2009 15:09:09</i>	<i>Tidsfristen for innlevering av tilbud og/eller kunngjøringens tidsfrist er blitt forandret</i>	<i>Tidsfristen ble forandret fra 09.07.2009 13:00 til 14.07.2009 13:00 Sein publisering av svar på spørsmål.</i>
<i>02.07.2009 15:10:24</i>	<i>Svar på generelle spørsmål</i>	<i>Svar på generelle spørsmål</i>
<i>02.07.2009 15:11:12</i>	<i>Svar på spørsmål om kravspesifikasjon</i>	<i>Svar på spørsmål om kravspesifikasjon</i>
<i>02.07.2009 15:39:02</i>	<i>Tidsfristen for innlevering av tilbud og/eller kunngjøringens tidsfrist er blitt forandret</i>	<i>Tidsfristen ble forandret fra 14.07.2009 13:00 til 15.07.2009 13:00 Valgt feil dato i rullegardin"</i>

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5, som regulerte mulighet for oppdeling av leveransen, ble følgende opplyst:

"Det vil være anledning til å forespørre om deltakelse på hele eller deler av anskaffelsen."

- (6) I konkurransegrunnlaget vedlegg 3 punkt 2, "Generelle krav", ble det blant annet stilt følgende krav til garantitid:

"[...]"

<i>Garanti 5 år. Garantibetingelser må beskrives. Feilmeldingsrutiner og responstider må spesifiseres. Forventet levetid må oppgis.</i>	
---	--

"[...]"

- (7) Av konkurransegrunnlagets vedlegg 3 punkt 4, "Prisangivelse", fremkom blant annet at:

"[...]

Produktet skal være testet og godkjent av bruker før garantien begynner å løpe. Det skal være tre-3-års garanti".

- (8) Det ble fra potensielle tilbydere reist spørsmål vedrørende garantitiden. Spørsmålene og innklagedes svar ble kunngjort ved tilleggskunngjøring 12. juni 2009, og det hitsettes:

"3. I vedlegg 3 "Teknisk kravspesifikasjon" avsnitt 2 "Generelle krav" skriver dere:

Garanti 5 år. Garantibetingelser må beskrives. Feilmeldingsrutiner og responstider må spesifiseres. Forventet levetid må oppgis.

Men i avsnitt 4 "Prisangivelse" skriver dere:

Produktet skal være testet og godkjent før garantien begynner å løpe. Det skal være tre-3-års garanti.

Vi har følgende spørsmål:

- 1) Hvilken tidsangivelse skal vi som leverandør forholde oss til?*
- 2) Er garantitiden et ufravikelig krav, eller kan dere akseptere forbehold?*
- 3) Hvordan vil et evt. forbehold påvirke vektingen av tilbudet?*

[...]

Svar:

- 1) Vi har på Doffin.no informert om at riktig garantitid skal være 3 år.*
- 2) Vi vil ikke akseptere forbehold om garantitid. Garantikostnader må leverandørene kunne beregne.*
- 3) 3 års garantitid er ufravikelig.*

[...]"

- (9) I konkurransegrunnlaget vedlegg 3 punkt 3, "Særskilte krav", fremgikk deler av den tekniske kravspesifikasjonen. Opprinnelig var det her stilt krav om at inkubatorene "*må kunne steriliseres v/ca.140 grd.*" Etter svar på spørsmål fra potensielle tilbydere, ble dette kravet presisert ved tilleggskunngjøring 2. juli 2009 på følgende måte:

"[...]

Spm 2:4+5) CO2 inkubator enkel og CO2 inkubator dobbelt:

[...]

Annet: HEPA-filter, alarm ved høy/lav CO2 og temperatur, må kunne stables i høyden, kammeret må kunne steriliseres ved ca 140° C, dørhengsling må kunne flyttes i etterkant, innebygget gassguard.

CO2-sensor: termistor.

Denne spesifikasjonen er rettet mot en bestemt modell fra en bestemt leverandør. Dette er ikke i samsvar med paragraf 8-3 (4) som sier: "Med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt merke, en bestemt opprindelse, en bestemt prosess, eller til varemerke, patenter, typer eller en bestemt opprindelse eller produksjon som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes". Det er ingen som helst faglig eller teknisk grunn for å be om akkurat denne bestemte modell fra denne bestemte leverandør og vi ønsker derfor at

dere omformulerer spesifikasjonen til å beskrive behovet hellere end et bestemt produkt. Så vidt jeg kan se ønsker dere å dyrke celler under standard betingelser i en standard CO2 inkubatorer av standard størrelse, med mulighet for sterilisering. Dere ønsker i tillegg automatisk bytte av CO2 flasker og mulighet for stabling.

Vennligst bekreft dette

Svar: Er påstanden over riktig? Hvis ja, så må det lages en ny besvarelse.

Ikke helt, mange nye CO2 inkubatorer har sterilisering med Høy temperatur. Men vi kan formulere slik:

Luftfuktighet 95 %

Mulighet for sterilisering med høy temperatur.

Dørhengsling må kunne flyttes.

CO2 sensor.

Spm: 4+5) Ser også at et krav er at de skal steriliseres ved 140 grader. Dette er en tidkrevende prosess og kammeret er ikke lenger sterilt når man åpner døren. Andre leverandører bruker andre løsninger. Er det mulig å tilby alternative løsninger?

Svar: Se over.

[...]"

- (10) Klager har i skriv til klagenemnda opplyst at etter overnevnte spørsmålsrunde, ble konkurransegrunnlaget vedlegg 3 punkt 3, "Særskilte krav" presisert på følgende måte:

"Tilbyder bes oppgi følgende tekniske og funksjonelle opplysninger som vil inngå i evalueringen av produkt:

		INKUBATORER/VARMESKAP	KOMMENTAR
[...]			
4	CO2-inkubator, enkelt	Volum: ca. 180 liter CO2: fra 0 til 20 % Temperatur: opp til 50 grd. C Luftfuktighet: 95 % Bruksområde: Celledyrking Annet: Hepafilter, alarm ved høy/lav CO2 og temperatur, må kunne stables i høyden. Mulighet for sterilisering med høy temperatur, dørhengsling må kunne flyttes i etterkant, innebygget gass guard, CO2 sensor: termistor	
5	CO2-inkubator, dobbelt	Volum: ca. 360 liter CO2: fra 0 til 20 % Temperatur: opp til 50 grd. C Luftfuktighet: mettet	

		<i>Bruksområde: Celledyrking</i> <i>Annet: Hepafilter, alarm ved høy/lav CO2 og temperatur, må kunne stables i høyden, Mulighet for sterilisering med høy temperatur, dørhengsling må kunne flyttes i etterkant, innebygget gass guard, CO2 sensor: termistor.</i>	
--	--	---	--

[...]"

- (11) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5.1:

"Tildeling av kontrakt vil skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i forhold til tildelingskriteriene. Nedennevnte tildelingskriterier er angitt i uprioritert rekkefølge:

<i>Tildelingskriterium</i>	<i>Prioritet/vekt</i>
<i>Pris (Livssyklus kostnader)</i>	<i>50 %</i>
<i>Levering & installasjon</i>	<i>10 %</i>
<i>Garanti- og service</i>	<i>10 %</i>
<i>Kvalitet</i>	<i>30 %</i>

Tildelingskriterium 1: Pris

Omfatter pris inkludert livssyklus kostnader.

Tildelingskriterium 2: Levering og installasjon

Omfatter leveringssikkerhet/leveringstid og installasjon.

Tildelingskriterium 3: Garanti- og servicebetingelser

Omfatter garantitid, servicebetingelser, responstider.

Tildelingskriterium 4: Kvalitet

Omfatter tekniske egenskaper, pålitelighet og energieffektivitet."

- (12) I konkurransegrunnlaget punkt 5.3 fremkom følgende om avvisningsreglene:

"5.3 Avvisning

I konkurransen vil avvisningsreglene i FOA § 11-10 og 11-11 komme til anvendelse.

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å avlyse konkurransen eller forkaste alle tilbud, dersom det foreligger saklig grunn."

- (13) Fem leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristens utløp 15. juli 2009 kl. 13.00. Blant disse var VWR International AS (heretter kalt klager) og Lab-Tec Laboratoireutstyr AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (14) Innklagede meddelte klager om deltakelse i forhandlinger ved e-post 7. oktober 2009. Det uttales blant annet at:

"[...]

Deres firma inviteres til å delta videre i forhandlingene for følgende produktgrupper:

Nr.1 Inkubatorer

Nr.2 Varmeskap

Universitetet i Bergen vil spesielt utfordre dere på følgende to punkter:

- Tilbudte produkt nr.1 har kun 3 års garanti. Beste tilbud på garanti er 5 år.
- Bedre pris. Spesielt for produktgruppe 1 er deres tilbudspris høy. Vi vil også spesielt be om at dere redegjør for hvordan den endrede valutasituasjonen påvirker tilbudet dere kan gi.

Reviderte tilbud kan sendes pr epost til jan.berger.henriksen@oka.uib.no innen tirsdag 13.10.2009 kl.15.00.

Tilbudsfristen utløper 17. oktober. Vi må be leverandørene om å utvide vedståelsesfristen for sine tilbud til 17. november 2009.”

- (15) Ved brev 8. oktober 2009 opplyste innklagede at leveransen skulle deles opp i to kategorier i medhold av konkurransegrunnlaget punkt 1.5. Én som gjaldt leveranse av varmeskap og én som gjaldt leveranse av inkubatorer.
- (16) Det er opplyst at klager innga et nytt justert tilbud etter avholdt forhandlingsmøte.
- (17) Ved brev 9. november 2009 informerte innklagede tilbyderne om valg av leverandør. Av brevet fremkom blant annet:

”Tilbudene er vurdert etter de oppgitte tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Tildelingen skulle skje på bakgrunn av de økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene

Tildelingskriterier	Prioritet/vekt
Pris (livssykluskostnader)	50 %
Levering og installasjon	10 %
Garanti og service	10 %
Kvalitet	30 %

Nr. 1 Inkubatorer

Lab-Tec, OneMed, VWR deltok i forhandlingene. **Lab-Tec** ble valgt.

Lab-Tec hadde nest lavest pris. Leveringstid og installasjon var litt bedre enn VWR, mens garanti (5 år) og kvalitet trakk opp (stål- og kobberlegering i kammer og UV-desinfisering). VWR hadde noe lavere pris, men 3 års garanti og kvalitet på de tilbudte modellene trakk ned. OneMed hadde høyere pris. Noe lengre leveringstid enn de to andre tilbyderne, samt kvalitet trakk også litt ned. Alle tilbudte modeller hadde tre års garanti.

De tilbyderne som ikke fikk delta i de forhandlingene ble trukket enten mest på pris (Dipl.ing Houm) eller kombinasjonen litt høyere pris og bare 1 års garanti (Fisher Scientific), samt lengre leveringstid og litt svakere kvalitet enn de som fikk delta i forhandlingene.”

- (18) Ved e-post til innklagede 13. november 2009, ba klager om innsyn i dokumentene i konkurransen. Innklagede svarte ved brev 19. november 2009, hvor det blant annet fremkom:

”**Krav om innsyn i ANSK-0404-09.**

De ber i epost datert 13.11.2009 om innsyn i denne konkurransen. Spesifikt ønsker dere:

- 1. Anbudsprotokoll*
- 2. Innsyn i tilbudet fra vinnende leverandør (Lab-Tec)*
- 3. Varsler at dere vil gjøre en egen vurdering av produktkvalitet til valgte leverandør.*

[...]

Universitetet i Bergen har følgende besvarelse:

- 1. Vi vedlegger anbudsprotokoll (1) og evalueringsmatrise (2) for de tre utvalgte leverandørene som deltok i forhandlingene,*
- 2. Vi vedlegger kopi av tilbud (3) og besvarelse av kravspesifikasjon (4) fra valgte leverandør Lab-Tec. Dokumentene er sladdet av UiB.*
- 3. Vurdering av produktkvalitet."*

- (19) I evalueringsmatrisen som klager fikk innsyn i, fremgikk det at valgte leverandørs produkter, 4 CO2-inkubator enkel og 5 CO2-inkubator dobbel, steriliseres ved "UV-lys for online dekontaminering".
- (20) Klager påklaget avgjørelsen direkte til innklagede ved e-post 23. november 2009. Her påpeker klager blant annet at:

"[...]

I vedlegget ansk0404-09 Q&A går det frem at ved endret kravspesifikasjon ber UiB om funksjonen "mulighet for sterilisering med høy temperatur" som svar på henvendelse om alternativ løsning kan tilbys. Dette kan ikke leses på noen annen måte enn at UiB ønsker sterilisering med høy temperatur. Det er ikke spesifisert at alternative løsninger godtas, tvert imot.

[...]"

- (21) Innklagede besvarte klagen ved brev 25. november 2009, hvor tildelingsbeslutningen ble fastholdt:

"Universitetet har vurdert de forhold som dere trekker frem angående 1) vurdering av kvalitet og 2) samlet vurdering av tilbud på inkubatorer.

Universitetet i Bergen vil fastholde sin tildeling av produktkategori inkubatorer til Lab-Tec AS. UiB vil hevde at de forhold dere framholder ikke substansielt endrer vår vurdering av 1). UiB vil også hevde at vår fremgangsmåte for å beregne 2) er forutsigbar og i tråd med regelverket.

[...]"

- (22) Klager sendte deretter e-post til innklagede 7. desember 2009, hvor det blant annet fremgikk:

"Etter en del diskusjoner innad hos VWR har vi kommet frem til at vi ikke ønsker å stoppe prosessen med inngåelse av kontrakt i dette anbudet. VWR vil altså ikke gå til steget om midlertidig forføyning, og ønsker tvert imot at sluttbruker ikke skal bli skadelidende i denne saken.

VWR ønsker i første omgang å få klarhet i retningslinjer for fremtidige konkurranser, for VWR skal kunne være best mulig forberedt og konkurransedyktig. VWR håper derfor

prosessen går videre for sluttbrukernes skyld, samtidig som saken behandles hos KOFA."

- (23) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 14. desember 2009.
- (24) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 27. januar 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (25) Klager anfører at ettersom valgte leverandør tilbød en annen teknisk løsning for sterilisering av inkubatorene enn det som ble krevd i konkurransegrunnlaget, skulle valgte leverandørs tilbud vært avvist. Det vises til at det i konkurransegrunnlaget ble stilt et ufravikelig krav om at inkubatorene skulle steriliseres ved høy temperatur, mens valgte leverandørs produkt steriliseres ved bruk av UV-lys.
- (26) Klager anfører videre at innklagede, ved evalueringen av tildelingskriteriet "*kvalitet*", har brutt regelverket om offentlige anskaffelser. Ettersom valgte leverandørs inkubatorer ikke tilfredstilte kravene til sterilisering, skulle valgte leverandør ikke fått uttelling under tildelingskriteriet "*kvalitet*".
- (27) Videre anfører klager at innklagede, ved evalueringen av tildelingskriteriet "*garanti og service*", har brutt regelverket om offentlige anskaffelser. Oppdragsgiver krevde 3 års garanti. Det er dermed feil at innklagede tildelte valgte leverandør ekstra poeng for at det ble tilbudt fem års garanti.
- (28) Klager anfører at innklagede, ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Pris (livssyklus-kostnader)*", har brutt regelverket om offentlige anskaffelser. Det vises til at det ikke er samsvar mellom tilbudenes totalpris og poenggivningen. Prisforskjellen mellom klagers tilbud og valgte leverandørs tilbud var ca. 7,6 prosent. Dette har gitt en poengmessig forskjell på omkring 2 prosent.

Innklagedes anførsler:

- (29) Innklagede bestrider at valgte leverandør skulle vært avvist. Den vitenskapelige vurderingsgruppen som foretok evalueringen, konkluderte med at valgte leverandørs tilbud oppfylte kravspesifikasjonen vedrørende sterilisering, ettersom løsningsforslaget var adekvat og funksjonelt. Innklagedes mål for konkurransen var å få det beste og rimeligste resultat for å dekke behov som de medisinske fagmiljøene har for raske, pålitelige og effektive inkubatorer til bruk i medisinsk forskning og undersøkelser. Den valgte løsning oppfyller dette på den beste måten.
- (30) Innklagede bestrider at regelverket for offentlige anskaffelser var brutt ved evalueringen av tildelingskriteriet "*garanti og service*". Kravet om 3 års garanti var kun et minstekrav. Dette fremkom ved at innklagede i forhandlingsbrevet til tilbyderne presiserte at de ønsket 5 års garanti. Da 5 års garanti utgjør en merverdi, er det naturlig og nødvendig å gi ekstra uttelling for dette.
- (31) Innklagede bestrider at de ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Pris (livssyklus-kostnader)*", har brutt regelverket om offentlige anskaffelser. Poenggivningen omfatter mer enn pris. Siden valgte leverandør scorer vesentlig høyere på øvrige tildelingskriterier enn klager, blir den prosentvise forskjellen mindre når man sammenligner total poengscore med totalpris.

Klagenemndas vurdering:

- (32) 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. Kontraktens verdi er ikke opplyst, men innklagede legger i konkurransegrunnlaget punkt 2.2 til grunn at lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og II kommer til anvendelse. Klagenemnda legger tilsvarende til grunn i det følgende.
- (33) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud vedrørende inkubatorene ikke oppfylte kravspesifikasjonen, og dermed skulle vært avvist.
- (34) Av forskriften § 11-11 første ledd bokstav e følger det at et tilbud skal avvises når *"det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i [...] konkurransegrunnlaget"*.
- (35) Spørsmålet er således om valgte leverandørs tilbud vedrørende inkubatorene inneholdt *"vesentlige avvik"* fra kravspesifikasjonen, og dermed skulle vært avvist i medhold av forskriften § 11-11 første ledd bokstav e.
- (36) I klagenemndas avgjørelse 2008/58 premiss (46) uttales det at det ved vurderingen av om et avvik fra kravspesifikasjonen kan anses som vesentlig, må ses hen til *"hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen."*
- (37) I foreliggende sak ble det i konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, inntatt i vedlegg 3 punkt 3, *"Særskilte krav"*, stilt krav om at de aktuelle CO2-inkubatorene skulle ha *"mulighet for sterilisering med høy temperatur"*. I spørsmålsrunden knyttet til kravspesifikasjonen, ble det blant annet stilt spørsmål om det var *"mulig å tilby alternative løsninger"*. Innklagede svarte *"se over"*, og henviste med dette til at inkubatorene måtte ha *"mulighet for sterilisering med høy temperatur"*.
- (38) Det fremkommer av evalueringsmatrisen at valgte leverandør tilbød en løsning med sterilisering ved hjelp av UV-lys, det vil si en annen løsning enn det var stilt krav om i kravspesifikasjonen. Det er ikke opplyst om valgte leverandørs inkubatorer også kunne steriliseres ved høy temperatur, og klagenemnda går ut fra at det hadde vært opplyst dersom valgte leverandør også hadde oppfylt dette kravet. Forholdet det avvikes fra – metoden for sterilisering – anses som svært viktig ved anskaffelse av inkubatorer, ettersom det dreier seg om metoden for desinfisering av utstyr til bruk i laboratorier. Når det i teknisk kravspesifikasjon er oppstilt en metode for sterilisering, og innklagede likevel velger en annen, er det etter nemndas oppfatning, et vesentlig avvik som medfører mulighet for at konkurransen er blitt forrykket.
- (39) På bakgrunn av ovenstående legger klagenemnda til grunn at det foreligger et *"vesentlig avvik"* fra kravspesifikasjonen, slik at tilbudet skulle vært avvist i medhold av forskriften § 11-11 første ledd bokstav e.
- (40) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til, er det ikke nødvendig for klagenemnda å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

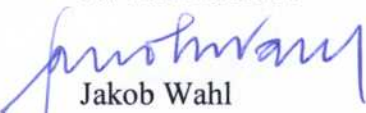
Konklusjon:

Innklagede har, ved å unnlate å avvise valgte leverandør fra konkurransen om levering av inkubatorer, brutt forskriften § 11-11 første ledd bokstav e.

Klagers øvrige anførsler er ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

18. oktober 2010



Jakob Wahl