



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for anskaffelse av spikermatter til politi- og lensmannsetaten i Norge. Denne konkurransen ble avlyst og deretter gjennomført som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 14-4 bokstav a. Klagenemnda fant at innklagede har brutt forskriften § 17-2 (1), jf kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å endre tildelingskriteriet "Pris" etter tilbudsfristens utløp. Innklagede har videre brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å legge til grunn uriktig faktum ved evalueringen av et av underkriteriene til tildelingskriteriet "Preferanser". Klagenemnda fant også at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved ikke å forlenge vedståelsesfristen med samtlige av deltakerne i konkurransen.*

### **Klagenemndas avgjørelse 7. februar 2011 i sak 2010/96**

**Klager:** Simarud Electronic AS

**Innklaget:** Politiets data- og Materielltjeneste

**Klagenemndas medlemmer:** Morten Goller, Magni Elsheim og Kai Krüger

**Saken gjelder:** Tildelingsevalueringen. Kravet til likebehandling og god forretningskikk. Reelle forhandlinger. Krav til referatføring.

### **Bakgrunn:**

- (1) Politiets data- og Materielltjeneste (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. mars 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende rammeavtale for anskaffelse av spikermatter til politi- og lensmannsetaten i Norge. Rammeavtalen skulle inngås for en periode på 2 år med mulighet for forlengelse i 1+1 år. Tilbudsfristen var satt til 10. august 2009. Anslått verdi på kontrakten var 1,3 millioner kroner.
- (2) I kunngjøringen punkt II.2 "Kontraktens mengde eller omfang" var det opplyst at estimert behov var 40-60 spikermatter i året.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 7 "Tildelingskriterier" fremgikk det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende kriterier:

*"7.1 PRIS (40 %)*

*Evalueres på bakgrunn av pris gitt i Del 2 Vedlegg B Pris og leveringsbestemmelser. Pris på komplett sett spikermatte, timepris på reparasjon og pris på reservedel spiker vil bli evaluert.*

**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

## 7.2 PREFERANSER (30 %)

Kvalitet evalueres på bakgrunn av preferansene 25-29 gitt i punkt 3 i Del 2 Vedlegg A Kravspesifikasjon.

## 7.3 KVALITET (30 %)

Evalueres på bakgrunn av preferanse 30 gitt i punkt 3 i Del 2 Vedlegg A Kravspesifikasjon. Oppgitte referanser vil bli kontaktet og blir stilt spørsmål om kvalitet på leverte produkt. På bakgrunn av spørsmålene skal de gi svar på en skala fra 1-6 hvor:

1	Meget dårlig
2	Dårlig
3	Noe dårlig
4	Noe godt
5	Godt
6	Meget godt

”

- (4) Fra konkurransegrunnlaget punkt 6.1.4 ”Kravspesifikasjon (utfylt)” hitsettes:
- ”Besvarelse skal skje i skjemaet hvor kravene er spesifisert, se Del 2 Vedlegg A Kravspesifikasjon. Hvert enkelt krav skal besvares med tilbyders oppfyllelse (ja/nei), kommentarer og eventuell referanse til dokumentasjon eller løsning. Slike referanser skal være detaljerte, med punktnummer, sidenummer og dokumentnummer slik at det er enkelt å finne frem.”
- (5) I konkurransegrunnlaget del 2 vedlegg A ”Kravspesifikasjon” het det i punkt 1.2 ”Brukssituasjon” at:
- ”Spikermatten skal være enkel å bruke, og må kunne betjenes av en person og kunne legges raskt ut. Tilsvarende må den kunne fjernes raskt fra veibanen. Normalt vil spikermatten, når den ikke blir brukt, bli transportert/lagret i kjøretøy (cellevogn/personbil/stasjonsvogn). Dette innebærer at den må være godt emballert og ha minst mulig vekt og størrelse.”
- (6) Av kravspesifikasjonen punkt 1,5 ”Testing” fremgikk det at brukervennligheten ville bli testet.
- (7) Under punkt 2 ”Krav” i kravspesifikasjonen var det oppstilt 24 krav, hvor tilbyder skulle krysse av for oppfyllelse med ja/nei. Bak hvert krav skulle det gis utfyllende kommentarer og eventuelle referanser til dokumentasjon. Av kravspesifikasjonen punkt 1.6 ”Vurdering av krav og preferanser” fremgikk det at det som var omtalt som krav ikke skulle gis karakter eller vekt, men bedømmes oppfylt/ikke oppfylt. Dersom ett eller flere krav ikke var oppfylt ville tilbyderen bli avvist.
- (8) I punkt 3 ”Preferanser” var det oppstilt ”bør” krav nummerert fra 25 – 30. Hver enkelt preferanse skulle besvares med tilbyderens oppfyllelse (ja/nei), kommentarer og eventuell referanse til dokumentasjon. Referansene skulle henviser til punktnummer i

tilbudene. I henhold til preferanse 28 var det opplyst at oppfyllelse skulle verifiseres av "Tilbyders tredjepartsdokumentasjon". Øvrige preferanser skulle verifiseres ved "Tilbyders dokumentasjon i tilbudet". Av kravspesifikasjonen punkt 1.6 fremgikk det at det som var omtalt som preferanser var vektet fra 1-3, for henholdsvis viktig til veldig viktig, og at "oppfylte preferanser" skulle gis karakter fra 1-6. Som nevnt i premiss (3) skulle tildelingskriteriet "Preferanser" evalueres på bakgrunn av oppfyllelsen av preferansene 25 – 29, jf. premiss (24) der premissene er gjengitt. Tildelingskriteriet "Kvalitet" skulle evalueres på bakgrunn av preferanse 30.

- (9) For preferanse 30 skulle tilbyderne "oppgi referanser fra andre som har erfaring med produktet." Som dokumentasjon skulle tilbyderen oppgi kontaktinformasjon på minst tre referanser som kunne kontaktes.
- (10) Av kravspesifikasjonen punkt 4.1 "Brukervennlighet" fremgikk det at det ville bli foretatt kontrollmåling av de tilbudte spikermattenes vekt.
- (11) Av konkurransegrunnlaget del 2 vedlegg B "Pris og leveringsbestemmelser" fremgikk det av punkt 1.1 "Pris" at det skulle inngis pris på:
  - "Komplett sett spikermatte (transportkasse, spikermatte, reservedeler, arbeidshansker og eventuelle verktøy).
  - Arbeid ved vedlikehold og bytte av reservedeler (timepris).
  - Reservedeler."
- (12) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud. Dette var blant annet fra Ferno Norden AS (heretter kalt valgte leverandør) og Simarud Electronic AS (heretter kalt klager).
- (13) To av de tre innleverte tilbudene ble avvist. Konkurransen ble deretter avlyst, og alle tilbyderne ble deretter invitert til å delta i en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 14-4 bokstav a. Konkurransgrunnlaget, utarbeidet for den åpne anbudskonkurranse, ble i uendret form lagt til grunn for konkurransen med forhandling. Fra avvisningsbrevet til klager av 21. september 2009, som også inneholdt invitasjon til konkurranse med forhandling, hitsettes:

**"Avvisning av tilbud i åpen anbudskonkurranse i anskaffelsen av spikermatte og invitasjon til konkurranse med forhandling**

*Politiets data- og materieltjeneste (heretter PDMT) viser til kunngjøringen og konkurransegrunnlaget i ovennevnte konkurranse, og deres tilbud inngitt 10.08.09.*

*Etter en gjennomgang av tilbudet må PDMT meddele at tilbudet avvises med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 (FOA) § 20-13 (1) litra f. Et tilbud skal avvises når det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.*

*Konkurransegrunnlagets administrative bestemmelser pkt 6.1.4 sier at utfylt kravspesifikasjon skal vedlegges tilbudet. Det fremgår at: "Hvert enkelt krav skal besvares med tilbyders oppfyllelse (ja/ nei), kommentarer og eventuell referanse til dokumentasjon eller løsning. Slike referanser skal være detaljerte, med punktnummer, sidenummer og dokumentnummer slik at det er enkelt å finne frem", og at "(..) For at et krav skal anses oppfylt, må tilbyderen sannsynliggjøre oppfyllelsen av krav som ikke er krevd dokumentert på annen måte, gjennom en tilfredsstillende beskrivelse "*

*I kravspesifikasjonen vedlagt tilbudet mangler det henvisninger til dokumentasjon på samtlige krav. Dette skaper uklarhet om hvilke vedlegg som hører til det enkelte krav. Videre mangler det en beskrivelse av hvordan produktet oppfyller de krav som ikke er dokumentert med vedlegg. PDMT registrerer at tilbyder har kryssset av "JA" på alle krav, men dette er ikke det samme som å sannsynliggjøre at produktet kan oppfylle kravet. Disse avvik og ufullstendigheter medfører usikkerhet om produktet oppfyller kravspesifikasjonen, og skaper tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud. PDMT er derfor forpliktet til å avvise tilbudet.*

### ***Invitasjon til konkurranse med forhandling***

*PDMT ønsker med dette å invitere Simarud Electronic til å delta i konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring, jf FOA § 14-4 litra a. Overgang til konkurranse med forhandling regnes som en ny konkurranse.*

*Vedlagt følger en mer utfyllende beskrivelse av hvordan PDMT vil gjennomføre forhandlingene."*

- (14) Fra vedlegget om hvordan innklagede ville gjennomføre forhandlingene, fremgikk:

#### ***"Nytt tilbud og forhandlinger i konkurranse vedrørende anskaffelse av spikermatter***

*Det er anledning til å revidere alle sider av det tidligere innleverte tilbudet. Det eller de vedlegg som Simarud Electronic uten endringer ønsker å videreføre fra det tidligere tilbudet, skal ikke vedlegges.*

*PDMT ber om at det utferdiges en endringslogg som spesifiserer alle endringer i det nye tilbudet, da sett i forhold til tilbudsteksten som lå til grunn i første konkurranserunde. Endringsloggen skal videre spesifisere de vedlegg som fulgte forrige tilbud som ønskes lagt til grunn uten endringer i det nye tilbudet. Endrede vedlegg, uendrede vedlegg videreført fra det tidligere tilbudet samt overnevnte endringslogg vil følge rammeavtalen som inngås med vinner av konkurransen.*

*Vedlagt det reviderte tilbudet skal det følge et nytt tilbudsbrev. Brevet skal være datert samt signert av person som er bemyndiget til å inngi tilbud på vegne av Simarud Electronic. Videre skal tilbudsbrevet bekrefte vedståelsesfrist fastsatt til **30. desember 2009**, samt eksplisitt henwise til endringsloggen som redegjør for det nye tilbudets innhold.*

*Tilbudet skal som minimum inneholde:*

- endringslogg utferdiget i henhold til beskrivelsen ovenfor samt*
- nytt tilbudsbrev*

*Videre skal tilbudet inneholde eventuelle endrede vedlegg.*

***Tilbudsfristen settes til tirsdag 6. oktober 2009 kl. 14.00"***

- (15) Kun klager og valgte leverandør innga tilbud i konkurransen med forhandling.
- (16) Det fremgikk av klagers tilbud at klager tilbød type Stinger Spikermatter. Dette er samme type spikermatter som klager var leverandør av til innklagede fra 2002 og frem til ny kontrakt ble inngått med valgte leverandør 17. mars 2010. Komplette Stinger spikermatte som er tilbudt av klager består av: 1 stk spikermatte med kasterep/tau, en oppbevaringskoffert i hard plast, ett par arbeidshansker, ti 53 mm reservespiker, ti gummitopper og ett stykk spikerskifteverktøy.

- (17) Valgte leverandør tilbød en spikermatte benevnt STOP STICK, som kunne leveres enten med et underlag som kan monteres i politibilenes bagasjerom eller i en bærbar oppbevaringsenhet (bag). Av prisskjemaet utfylt av valgte leverandør fremgår det at et komplett sett med spikermatte på 4,5 m i bærbar oppbevaringsenhet inneholder: en bag, fem STOP STICKs, en erstatningsmodul, snelle og strømpe. Av den utfylte kravspesifikasjonen følger det at *"Det er ikke behov for verktøy når man har service på STOP STICK"*.
- (18) I tilknytning til preferanse 25 (vekt) hadde valgte leverandør opplyst at:  
*"4,5 m STOP STICK leveres i to alternative oppbevaringsenheter, og veier ca 3,2 kilo. Se Utprøvingseksemplar. Utprøvingseksemplar er levert med bag og alternativ med monteringsbrakett"*
- (19) Forhandlingsmøte med klager ble avholdt 30. oktober 2009. Samme dag, i etterkant av møtet, sendte innklagede en intern e-post, hvor det ble oppsummert hva som ble omtalt på møtet med klager. Fra e-posten hitsettes:  
*"Møte med Simarud forløp kjapt og greit.*  
*PDMT opplyste at kravspesifikasjonen var ok, og at tilbudet oppfylte alle minstekrav. De merknader PDMT hadde ble kommunisert til Simarud.*  
*Vedlegg –B pris og betalingsbestemmelser mangler, - men dette skal vedlegges endelig tilbud. Ut fra de opplysninger som forelå fra opprinnelig tilbud i anbudskonkurransen, ble det fra PDMTs side bedt om at Simarud vurderer om prisene kan senkes ytterligere. Og det fremkom i forhandlingsmøtet at Simarud mener det ikke bør være noen store reparasjonskostnader, slik at spiker er den eneste utgiften i løpet av mattens "levetid". PDMT ba derfor om at timepris på reparasjon etc senkes.*  
*Det ble videre påpekt at Vedlegg A-preferanser pkt 3 må leses sammen med tildelingskriteriene. Simarud ble her oppfordret til å gi mer utfyllende dokumentasjon på pkt 27 og 30. Det ble presisert at det er bekreftelse på bruk av produktet PDMT etterspør, samt kontaktinfo til personer.*  
*Det ble for ordens skyld bedt om at Vedlegg C legges ved, og presiserer at det ikke tas forbehold etc.*  
*Ny tilbudsfrist ble satt til 6. november kl. 12.00.*  
*Det ble presisert at denne fristen er for endelig tilbud, som blir evaluert og ligger til grunn for tildeling.*  
*Ved spørsmål tar Simarud kontakt."*
- (20) Frist for endelig tilbudsinnlevering ble satt til 6. november 2009 for klager og til 9. november 2009 for valgte leverandør.
- (21) I e-post av 27. november 2009 ba innklagede begge tilbyderne om å forlenge sin vedståelsesfrist til 28. februar 2010. Begge tilbyderne bekreftet forlengelse av fristen.
- (22) I brev av 12. februar 2010 til klager meddelte innklagede at valgte leverandør var innstilt som vinner av konkurransen. Valgte leverandør ble i brev av 15. februar 2010 meddelt at firmaet var tildelt kontrakten. I brevet anmodet innklagede valgte leverandør om å forlenge vedståelsesfristen til 19. mars 2010. Klager ble på dette tidspunktet ikke anmodet om å forlenge fristen.
- (23) I tildelingsbrevet til klager var det inntatt følgende poengmatrise, der klager er benevnt som tilbyder nr. 1:

”

	<i>Tilbyder 1</i>	<i>Tilbyder 2</i>
<i>Pris 40 %</i>	<i>2,4</i>	<i>2,1</i>
<i>Preferanser 30 %</i>	<i>0,4</i>	<i>1,8</i>
<i>Kvalitet 30 %</i>	<i>1,8</i>	<i>1,3</i>
<i>Totalt</i>	<i>4,6</i>	<i>5,2</i>

”

- (24) I tildelingsbrevet var følgende fremført som begrunnelse:

*”Det var kun mindre forskjeller på de innleverte tilbud hva gjelder tildelingskriteriene pris og kvalitet. Tilbyder 1 fikk bedre uttelling på kvalitet da alle referansene ga tilbakemelding. Imidlertid varierte tilbakemeldingen på hvor fornøyd referansene var med tilbudt produkt. Av referansene til valgte leverandør var det oppgitt referanse som ikke svarte på PDMTs spørreskjema, men tilbakemeldingene fra de som svarte var jevnt over bedre sammenlignet med tilbakemeldingene fra tilbyder 1s oppgitte referanser.*

*Det største skillet mellom tilbudene er uttelling i poeng for de preferanser som fremgår av konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon. På vekt var det over 3 kilos forskjell mellom valgte tilbyders produkt og tilbudt produkt fra tilbyder 1. Valgte tilbyder fikk også uttelling for god dokumentasjon på at produktet stopper kjøretøy over 7,5 tonn, mens dette ikke fremgår av dokumentasjonen som det henvises til i tilbyder 1s tilbud.*

- (25) Samme dag som klager mottok tildelingsbrevet sendte klager en e-post til innklagede, hvor det ble anmodet om en nærmere begrunnelse, og innsyn i hvordan tildelingskriteriene var evaluert.
- (26) Klager klaget på tildelingen i brev av 17. februar 2010, hvor det i hovedsak ble anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist.
- (27) Innklagede avviste klagen i brev av 3. mars 2010, og gav samtidig en nærmere begrunnelse for valget av leverandør. Fra brevet hitsettes:

*”Av konkurransegrunnlaget fremgår det at det vil bli lagt vekt på tilbakemeldinger om produktet fra andre brukere. PDMT ba referansene til tilbyderne oppgi hvor godt fornøyd de var med produktene. PDMT ba i den anledning også om informasjon om hvor godt produktet kunne stanse tunge kjøretøy. I tilbakemeldingene fra klagers referanser kommer det frem at klagers produkt kan benyttes på kjøretøy over 7,5 tonn. PDMT har gitt klager uttelling for dette i poengsummen for tildelingskriteriet "kvalitet".*

*PDMT ser at det kan reises tvil om det kan stilles spørsmål vedrørende bør-krav i svarskjema under kvalitet. Spørsmålet står på svarskjemaet som ble sendt ut til referansene. PDMT tok ut svaret på dette spørsmålet fra begge tilbyderes referanser, og simulerte deretter en ny vurdering. Simuleringen viste at ved å ta ut svaret minsker differansen i poeng mellom klagers tilbud og valgte leverandørs tilbud. Det får imidlertid ikke avgjørende betydning for vurderingen av hvilket tilbud som får best*

poengsum under tildelingskriteriet alene. Det får heller ingen virkning for hvilket tilbud som kommer best ut samlet sett.

Klagers tilbud fikk beste mulige poengsum under tildelingskriteriene "pris" og "kvalitet". Valgte leverandørs tilbud fikk beste oppnåelige poengsum under tildelingskriteriet "preferanser". Under preferanser ble det gitt uttelling for oppfyllelse av ønskede egenskaper ved produktet. Valgte leverandørs produkt veier i alt 3,2 kg når det pakkes i bil. Klagers produkt veier 6 kg når produktet kan pakkes i bil. PDMT er i denne konkurransen villig til å betale mer for mindre vekt. Vektforskjellen på klagers tilbud og valgte leverandørs tilbud er på nesten 3 kg. Kjøretøyforskriftens grense for maksimal vekt gjelder for politiets tjenestebiler. Utstyret politiet må ha med seg oppbevares til enhver tid i bilene. En vektforskjell på tre kilo er derfor av stor betydning med hensyn til overholdelse av kjøretøyforskriften. Tre kilo kan være avgjørende i så måte.

PDMT har i vurderingen av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet sett på alle tildelingskriterier samlet. Det er samlet poengsum for alle tildelingskriterier som må tas med i vurderingen av hva som utgjør det beste tilbudet. Klagers påstand om at deres tilbud er best fordi det oppnår maksimal poengsum under to tildelingskriterier kan derfor ikke lede frem. I denne konkurransen legger oppdragsgiver vekt på at produktet må være jevnt over godt, og kunne skaffes til en fornuftig pris. PDMT er villig til å betale noe mer i pris for å få flere ønskede egenskaper i produktet. Valgte leverandørs tilbud ble vurdert som det beste tilbudet i denne konkurransen."

- (28) Av poengmatrisen for "Preferanser" hvor relevante deler er gjengitt nedenfor, fremgikk følgende:

Preferanser 30 %	Vekt	1		2	
Transportkasse med innhold bør ikke veie over 6 kg	3	0	0	5	15
Spikermatten bør stoppe større kjøretøy som buss/lastebil (kjøretøy over 7,5 tonn)	3	0	0	5	15
Tilbyder bør vedlegge dokumentasjon på spikermatten fra andre brukere	2	0	0	6	12
Tilbyder bør vedlegge testrapporter på spikermatten	3	0	0	0	0

<i>vedrørende teknisk funksjonalitet/ytelse</i>					
<i>Tilbyder bør kunne levere reservedeler og forbruksmateriell raskere enn 14 kalenderdager</i>	2	6	12	6	12
<i>Totalt</i>		12			54
<i>Poengsum</i>		1,333 33333 3			6
<i>Totalt med vekt</i>		0,4			1,8

*Formel: maks poeng – (k\*(best poeng – eget poeng))*

*K= 0,1111111111”*

- (29) Det var videre gitt utfyllende kommentarer i tilknytning til poenggivningen under tildelingskriteriet ”Preferanser”:

*”Simarud får ikke uttelling da spikermatte med transportkasse veier 6,2 kg. Altså over hva preferansen tilsier. Det ble tatt en diskusjon på om vedkommende skulle få 1 poeng, men det ville ikke synes forutberegnlig å få poeng når 6,2 kg er mer enn hva som er ønskelig. Man kan derfor ikke anse preferansen som oppfylt, som da tilsier 0 i poengsum. Ferno får nesten maks poengsum da matten med ”kasse” veier 3,2 kg, og det er nesten ikke mulig å oppnå lavere vekt.*

*Simarud har ikke vedlagt dokumentasjon på at spikermatten kan stoppe tyngre kjøretøy. Ferno får nesten maks poengsum. De har god dokumentasjon på oppfyllelse av preferansen, som er statistikk fra et stort antall overkjøringer i USA. Der er det listet opp diverse tyngre kjøretøy. De når ikke helt opp da ”truck” i USA kan bety en pickup-størrelse.*

*Ferno: Det fremgår av tilbudsbrief at de ønsker å videreføre ”Del 5 vedlegg G dokumentasjon fra andre brukere” fra det tidligere tilbud. Simarud får ikke uttelling for preferansen da de ikke har vedlagt dokumentasjon fra andre brukere. Det er kun henvist til politiet i Norge, som ikke er andre brukere, ei heller dokumentasjon fra andre brukere. De har også henvist til andre land hvor politiet bruker Stinger, men dette er ikke dokumentasjon, kun en informasjon om at andre land bruker produktet. Ferno får maks poengsum for sin dokumentasjon, som er en rekke anbefalingsbrev fra diverse politidistrikter i USA.*

*Begge tilbyderne har henvist til en referanse i et annet land, da tilbyderen ikke selv fikk tilgang til slike testrapporter. Disse referansene ble kontaktet, men PDMT fikk ikke svar fra verken referansen til Simarud eller Ferno. Simaruds vedlagte testrapport kan ikke anses som ”dokumentasjon fra tredjepart” (som var dokumentasjonskravet), da verken Simarud eller PDMT er tredjepart.*



*Begge tilbydere får maks poengsum da 1-2 dager er så bra leveringstid man kan få.”*

- (30) Ved evaluering av preferanse 25 (vekt) har innklagede forklart at følgende skala var lagt til grunn:
- ”1 poeng mellom 6 – 5,5 kg*
  - 2 poeng mellom 5,5 – 5*
  - 3 poeng mellom 5 – 4,5 kg*
  - 4 poeng mellom 4,5 – 4 kg*
  - 5 poeng mellom 4 – 3,5 kg*
  - 6 poeng mellom 3,5 – 3 kg*
- (31) Klager påklaget tildelingen på nytt i brev av 3. mars 2010, hvor det hovedsakelig var feil ved tildelingsevalueringen som ble anført. Det ble også anmodet om utsettelse av kontraktssignering til klagen var behandlet, eller til avgjørelse fra KOFA forelå.
- (32) Klagers anmodninger ble avvist av innklagede i brev av 4. mars 2010.
- (33) I brev av 4. mars 2010 krevde klager at konkurransen måtte avlyses da vedståelsesfristen var utløpt.
- (34) Innklagede svarte i brev av 5. mars 2010 at vedståelsesfristen var forlenget med valgte leverandør, og at det derfor ikke var aktuelt å avlyse konkurransen.
- (35) I brev av 5. mars 2010 krevde klager på ny at konkurransen måtte avlyses. Det ble henvist til at samtlige leverandører ikke var bedt om å forlenge vedståelsesfristen, og at feil ved tildelingsevalueringen, som medførte at klager var forbigått, var en prosessrisiko som tilsa at vilkåret om saklig grunn for avlysning var oppfylt. Innklagede avviste klagers anførsler i brev av 10. mars 2010.
- (36) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 17. mars 2010.
- (37) Saken ble brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 23. mars 2010.

### ***Klagers anførsler:***

#### *Tildelingsevalueringen*

- (38) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å evaluere tildelingskriteriet ”Pris” på en annen måte enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget, slik at tildelingskriteriet er endret. Av konkurransegrunnlaget del II vedlegg B fremgikk det at følgende ville bli evaluert: *”Pris på komplett sett spikermatte, timepris på reparasjon og pris på reservedel spiker (...)”*. I anskaffelsesprotokollen het det imidlertid at innklagede hadde besluttet at det ved evalueringen av pris var *”naturlig å evaluere pris for en overkjøring som tilsvarer pris for en spikermatte + vedlikehold (erstatning av spiker etc)”*. Dette viser at innklagede ved evalueringen av ”Pris” ikke har vektlagt de kriteriene som var oppstilt i konkurransegrunnlaget. Klager peker særlig på at tilbyderne var bedt om å oppgi timepris for arbeid ved vedlikehold og bytte av reservedeler, uten at dette ble vektlagt ved evalueringen av ”Pris”.
- (39) Evalueringen av tildelingskriteriet ”Preferanser” er i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5, da innklagede har foretatt en uriktig evaluering av flere av underkriteriene.

- (40) Ved evalueringen av preferanse 25, "*Transportkasse med innhold bør ikke veie over 6 kg*", har klager fått 0 poeng og valgte leverandør 5 poeng. Innklagede har gjort en feil ved å legge til grunn at den tilbudte oppbevaringsenheten fra valgte leverandør, med innhold, var 3,2 kilo. Klager viser til at det var et krav at transportkassen, foruten spikermatten, skulle inneholde arbeidshansker, reservedeler og verktøy. Under preferanse 25 har valgte leverandør opplyst at: *4,5 m STOP STICK leveres i to alternative oppbevaringsenheter, og veier ca 3,2 kilo*. Etter klagers oppfatning må dette forstås slik at oppbevaringsenhetene ikke er inkludert i den oppgitte vekten, og at det er selve matten med tilbehør som veier 3,2 kilo. I prisskjemaet fra valgte leverandør fremgår det hva bagen (transportenheten) vil inneholde: *"5 STOP STICKs, 1 erstatningsmodul, snelle og strømpe"*. Det fremgår videre av tilbudets vedlegg C, at en STOP STICK på 91 cm veier 0,516 kilo. Det betyr at vekten på kun matten er 3,096 kilo (6 x 0,516 kilo), hvilket harmonerer med opplysningene i valgte leverandørs tilbud under preferanse 25, om at vekten er ca 3,2 kilo. Dette viser at valgte leverandørs oppgitte vekt på 3,2 kilo kun omfatter selve spikermatten, snelle og strømpe, og at oppbevaringsbagen ikke var tatt med ved evalueringen av preferanse 25.
- (41) Klagers tilbudte løsning var opplyst å ha en vekt på 6,2 kilo, og innbefattet både arbeidshansker, reservespiker og eventuelle verktøy som det var oppstilt krav om i konkurransegrunnlaget. Innklagede har imidlertid i tilsvaret av 27. april 2010 opplyst, at dersom løsningen fra klager skulle fungere, ville minste tilfredsstillende vekt bestå av matte påmontert trekktau, med tillegg av selve kofferten, noe som utgjør 4,02 kilo + 1,98 kilo. I sum utgjør dette 6 kilo, og er innenfor det oppstilte "bør" kravet. Dette viser at innklagede også her har lagt feil faktum til grunn, og at klager følgelig burde fått poeng for vekt.
- (42) Ved evalueringen av preferanse 26 om at spikermatten bør stoppe tyngre kjøretøy over 7,5 tonn, har klager fått 0 poeng og valgte leverandør 5 poeng. Innklagede har begrunnet å gi klager 0 poeng med at klager ikke har dokumentert at kravet er oppfylt. Klager mener at dette under enhver omstendighet ikke er korrekt. I både opprinnelig og revidert tilbud var det opplyst at: *"Simarud Electronic AS har vært leverandør av Stinger Spikermatter til PDMT, signert ved kontrakt 22.10.2002 og frem til i dag. Stinger Spikermatter er derfor velprøvd ute i politidistriktene og tilfredsstillende alle de brukerkrav som er satt til dette produktet. Vedlagt følger som referanse rapport fra utprøving/testing utført av PDMT."* Under krav 26 var det også vist til testrapporten fra innklagede. Klager forutsatte at oppdragsgiver var inneforstått med at tilbudt matte tilsvarte den som innklagede hadde kjøpt tidligere, hvor det var stilt samme krav som under preferanse 26. Det ble derfor lagt til grunn at dette var tilstrekkelig dokumentasjon. I tillegg hadde klager vedlagt en brosjyre hvor det fremgikk at den aktuelle spikermatten stopper "*large trucks*". I den utfylte kravtabellen under krav 26 var det rett nok ikke vist til denne brosjyren, kun til nevnte rapport, men det må kunne forventes at oppdragsgiver går gjennom tilbudene som sådan. Under enhver omstendighet anføres at det var dokumentert gjennom referansene som var oppgitt, i tilknytning til preferanse 30, at produktet var egnet til å stanse kjøretøy på over 7,5 tonn. Det avgjørende kan ikke være måten oppfyllelse av et krav dokumenteres, men hvorvidt det er sannsynliggjort at kravet er oppfylt, uavhengig av kilde.

#### *Reelle forhandlinger*

- (43) Innklagede har brutt forskriften § 11-8 (2) og kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5, ved ikke å avholde reelle forhandlinger med klager. Klager viser til det som er uttalt i klagenemndas avgjørelse i sak 2009/106 om at

*"Innklagede kan også ha plikt til å påpeke et forhold som i den etterfølgende tildelingsevalueringen har vært av betydning i disfavør av klager, spesielt når klager og valgte leverandør ellers ligger svært likt og forholdet dermed kan bli utslagsgivende."*

- (44) Totalt fikk klager 4,6 poeng etter vektning, mot valgte leverandørs 5,2 poeng. Klager ble rangert som best på både "Pris" og "Kvalitet", men på tildelingskriteriet "Preferanser" fikk klager kun 0,4 poeng, mot valgte leverandørs 1,8 poeng. På preferansene 25, 26 og 28 har klager fått 0 poeng. Klager har ikke fått tilbakemelding om forbedringspotensial angående disse punktene. Av underkriteriene til det aktuelle tildelingskriteriet var det kun preferanse 27 (dokumentasjon fra andre brukere) som ble adressert under forhandlingene, i tillegg til at klager ble oppfordret til å revurdere pris, hvor klager lå best an, samt opplysninger om kontaktnavn under preferanse 30. På bakgrunn av at det totalt kun var 0,6 poeng som skilte klager og valgte leverandørs tilbud, burde klager også ha blitt gjort oppmerksom på, og gitt anledning til å forhandle om, forhold som knyttet seg til preferansene 25, 26 og 28. Videre er det i strid med kravet til likebehandling at valgte leverandør har fått tilbakemelding på langt flere punkter enn klager. Dette fremgår av endringene som er gjort i valgte leverandørs reviderte tilbud (basert på opplysningen i tilbuds brevet om at alle endringer er markert med kursiv). Her fremgår at det er gjort endringer under krav 9, 22, 23 og 24, og under preferanse 26, 27 og 29.

*Vedståelsesfrist. Likebehandling og god forretningsskikk*

- (45) Innklagede har brutt kravene til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5, ved ikke å anmode samtlige leverandører om å forlenge vedståelsesfristen. Det bestrides at klagen av 17. februar som ble fremsatt før vedståelsesfristens utløp, kan tas til inntekt for at klager med dette samtykket til forlengelse ved konkludent adferd.

*Referatplikt. Etterprøvbarhet.*

- (46) Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 5, ved ikke å føre referat fra forhandlingene med klager. Den interne e-posten innklagede har fremlagt, som bevis på hva som ble omtalt i forhandlingene, kan ikke anses tilstrekkelig til at lovens krav er oppfylt. Klager bemerker at notoriteten og etterprøvbarheten generelt må anses for å være svekket når leverandøren ikke får oversendt det som er skrevet i ettertid for eventuelle merknader til mangler/feil. Kravet til å føre referat bør derfor innebære at referatet blir oversendt for merknader før det ferdigstilles som et formelt referat, samt at referatet har en viss grad av formalisme som overstiger en intern e-post. Klager bestrider imidlertid ikke at det som er nedfelt i den aktuelle e-posten ga et representativt uttrykk for hva som ble omtalt på forhandlingsmøtet mellom innklagede og klager.

*Subsidiært*

- (47) Subsidiært anføres at underkriteriene 27, og/eller 28, og/eller 30 er usaklig konkurransebegrensende og i strid med forbudet mot ikke diskriminering. Det å ekskludere opplysninger/rapporter vedrørende et produkts egenskaper, slik som det er gjort i denne konkurransen framstår som usaklig diskriminering og konkurransevridende. Klager viser til at valgte leverandør fikk karakteren fem for statistikkmateriale fra USA, mens klager fikk karakteren null på bakgrunn av henvisning til oppdragsgivers egne tester/erfaringer. Dette viser at norsk politis kunnskap og erfaring veier mindre enn statistikk fra USA, og at en leverandør som bare har forestått leveranser til norsk politi derfor vil ha vanskeligheter med å nå opp i konkurransen. Denne anførselen er forutsatt vurdert kun dersom klager ikke vinner frem

med en eller flere av anførselene som knytter seg til tildelingsevalueringen, eller anførselen om at det ikke er ført reelle forhandlinger.

### ***Innklagedes anførsler:***

#### *Tildelingsevalueringen.*

- (48) Innklagede har ikke foretatt en urimelig vurdering eller brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved evalueringen av tildelingskriteriet "Pris". Vurderingen som er foretatt er gjort på bakgrunn av kriteriene oppstilt i konkurransegrunnlaget. Ut over dette er det foretatt en vekting av underkriteriene på best mulig måte ut fra de opplysninger som fremkom under forhandlingene med de to leverandørene. Begge tilbyderne ga uttrykk for at spikermattene sjelden trengte reparasjon. Innklagede manglet derfor et pålitelig estimat for hvor mange timer som burde medregnes til reparasjon. På bakgrunn av denne usikkerheten ble det vurdert slik at en forsvarlig pris ville fremkomme dersom timepris for reparasjon ble vektet til null i den samlede vurderingen.
- (49) Pris ble evaluert på bakgrunn av hva det ville koste å kjøre over en spikermatte en gang, for så å gjøre den klar til bruk igjen. Det vil si enhetsprisen for en komplett løsning, med tillegg av kostnaden for vedlikehold. Forbruksmateriell ble således regnet som en ren suppleringspost.
- (50) På bakgrunn av klagers anførsel om at det er lagt til grunn feil vekt ved evalueringen av preferanse 25, har innklagede kontrollert vekten av de tilbudte spikermattene på nytt. Innklagede erkjenner at det har skjedd en feil når vekten oppgitt i valgte leverandørs tilbud er lagt til grunn. Vekten av bagen er ikke tatt med i evalueringen. Valgte leverandørs komplette løsning, inkludert bag, strømpe på 5 meter, seks STOP STICKs, snelle og snor, veier 3,943 kilo. Dette er 569,4 gram mer enn hva innklagede hadde lagt til grunn. Dette må imidlertid betraktes som en unnskyldelig feil, da STOP STICK er enkel å transportere også uten bag. Bagen fungerer som en ekstra transportkasse utenpå nylonstrømpen, men nylonstrømpen fungerer også i seg selv som oppbevaring og transportenhet. Uansett har feilen ikke hatt innvirkning på tildelingsevalueringen. Vekt er synliggjort som viktig i konkurransegrunnlaget. Klagers løsning er fortsatt 2 kilo tyngre enn valgte leverandørs løsning, selv om det legges til grunn at denne har en vekt på 3,9 kilo. Vektforskjellen er betydelig i forhold til de utfordringer politiet har i forhold til vekt og kjøretøy.
- (51) Innklagede bestrider at det var feil å legge til grunn at klagers spikermatte hadde en vekt på 6,2 kilo. Innklagede kan heller ikke se at det er urimelig eller usakelig at vekt over 6 kg vurderes til 0 poeng. I evalueringen måtte det tas hensyn til hvilken vekt som var den laveste vekten som kan antas, da det er på det rene at en spikermatte aldri kan veie 0 kg. Innklagede var innstilt på å gi full uttelling for vekt fra ca 3,5 kg.
- (52) Det var opplyst i konkurransegrunnlaget at det klart måtte fremgå av den inngitte dokumentasjonen at spikermatten var egnet til å stanse kjøretøy over 7,5 tonn. Dersom klager ville godtgjøre at dette var tilfelle burde det som et minstekrav ha vært vist til korrekt dokument og sidetall, samt beskrevet hvordan dokumentet skulle leses. Klager har kun vist til innklagedes egen testrapport fra 2002. I testen som denne rapporten henviser til ble det imidlertid ikke benyttet slike tunge kjøretøy. I klagen til KOFA s. 14 har klager vist til fabrikanten Stingers brosjyremateriell hvor det fremgår at spikermatten er brukt til å stanse "large trucks". Dette er ikke tilstrekkelig til å anse kravet som oppfylt, da ordet "truck" kan ha flere betydninger

- (53) Innklagede mottok opplysninger om at klagers spikermatte har blitt benyttet til å stanse kjøretøy på over 7,5 tonn, fra referanser oppgitt under preferanse 30. Tilbakemeldingene var imidlertid sprikende. Håndteringen av disse opplysningene medførte en vanskelig vurdering, og innklagede landet på at det ble mest korrekt ikke å gi klager poeng på dette punktet. Klager har imidlertid fått uttelling for at produktet stanser kjøretøy på over 7,5 tonn under tildelingskriteriet "Kvalitet".

#### *Reelle forhandlinger*

- (54) I forhandlingsmøtet avholdt 30. oktober 2009, påpekte innklagede de sider ved klagers tilbud som ble ansett for å være ufullstendige/mangelfulle. Det ble lagt vekt på å formidle at dersom det skulle gis uttelling på preferanser i kravspesifikasjonen, måtte klager bruke tid på å fylle ut preferansene fordi dette ville bli vektlagt ved evalueringen av tildelingskriteriene. Konkret ble det påpekt at det burde suppleres med opplysninger i preferanse 27 og preferanse 30, samt at det ble gitt tilbakemelding på pris.
- (55) Innklagede anså det ikke som nødvendig å ta opp spørsmålet om vekt i forhandlingene. Det må forventes at en tilbyder er en profesjonell aktør i markedet, og følgelig har tilbudt et produkt leverandøren mener oppfyller kravspesifikasjonen på best mulig måte. Innklagede la til grunn at klager hadde oppgitt produktet med lavest mulig vekt.
- (56) Innklagede bemerker at forutsetningene for en mer omfattende og reell forhandlings situasjon var annerledes i forhandlingsmøtet med klager enn i forhandlingsmøtet med valgte leverandør, og at dette også er grunnen til at møtoreferatets innhold er annerledes. Innklagede er av den oppfatning at kunnskapsnivået hos tilbyders representant vil innvirke på hvor godt forhandlingene gjennomføres. Innklagede kan ikke holdes ansvarlig for klagers eventuelle utbytte av forhandlingene. Klager har fått lik behandling, og lik mulighet til å forhandle, som valgte leverandør.

#### *Vedståelsesfrist. Likebehandling og god forretningsskikk.*

- (57) Manglende anmodning til klager om å forlenge vedståelsesfristen utgjør i dette konkrete tilfellet ikke et brudd på kravene til likebehandling og god forretningsskikk. Det vises til at klager må anses for å ha forlenget sin vedståelsesfrist ved konkludent adferd. Først ved å klage på tildelingen i brev av 17. februar 2010 og deretter ved å varsle om midlertidig forføyning i brev av 4. mars 2010. Der klager benytter sin klagerett, og gir uttrykk for at det vil være aktuelt å gå til midlertidig forføyning, må oppdragsgiver kunne forutsette at vedståelsesfristen er utvidet slik at omgjøring til fordel for klager faktisk kan skje.

#### *Referatplikt. Etterprøvnbarhet.*

- (58) Innklagede har ikke brutt kravet til etterprøvnbarhet i loven § 5, da det er ført referat fra forhandlingene. Under forhandlingsmøtet med klager ble det skrevet notater som i etterkant av møtet ble sammenfattet og sendt per e-post til medarbeidere hos innklagede som ikke deltok på møtet. Det ble ansett som viktig at de som skulle representere innklagede i møtet med den andre tilbyderen, hadde informasjon om hvilke opplysninger som ble formidlet til klager. Innklagede er enig i at e-posten som oppsummerte forhandlingsmøtet også burde ha vært sendt til klager, men mener likevel at kravet til etterprøvnbarhet er ivaretatt ved at møtet faktisk var dokumentert.
- (59) Hvorvidt notatene som ble nedskrevet i løpet av møtet er å anse som et referat, er et bevisspørsmål som ikke er egnet for behandling i Klagenemnda. Så vidt innklagede kjenner til har klagenemnda ikke formulert noen formkrav til referat. Dersom nemnda

likevel tar stilling til dokumentasjonens kvalitet, må det avgjørende være om dokumentasjonen er egnet til å sikre at opplysningene lar seg etterprøve. Innklagede mener at e-posten godtgjør hva som ble omtalt i møtet med klager, og at oppsummeringen derfor må regnes som et referat.

#### *Subsidiært*

(60) Innklagede bestrider at tildelingskriteriene er utformet på en ulovlig måte.

#### **Klagenemndas vurdering:**

(61) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. forskriften § 2-1 (4), jf. 2-2 (1).

#### *Evalueringen av tildelingskriteriene*

(62) Klager har fremsatt flere anførsler som knytter seg til evalueringen av tildelingskriteriene. Ved tildelingsevalueringen utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, samt om det er lagt korrekt faktum til grunn.

#### *Evalueringen av tildelingskriteriet "Pris"*

(63) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5, ved å evaluere tildelingskriteriet "Pris" på en annen måte enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget, slik at tildelingskriteriet er endret. Klager viser i denne forbindelse til at tilbyderne ble bedt om å oppgi timepris på reparasjon, uten at dette ble vektlagt i evalueringen.

(64) Det følger av forskriften § 17-2 (1) at *"Innen tilbudsfristens utløp, jf. kapittel 19 (frister), har oppdragsgiver rett til å foreta rettelsler, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige."* Forutsetningsvis innebærer dette at endringer ikke kan skje etter tilbudsfristens utløp.

(65) I konkurransegrunnlaget punkt 7.1 var det opplyst at "Pris" skulle evalueres på bakgrunn av priser oppgitt av tilbyderne i del 2 vedlegg B "Pris og leveringsbestemmelser". I punkt 7.1 het det videre at "Pris på komplett sett spikermatte, timepris på reparasjon og pris på reservedel spiker vil bli evaluert." I prisskjemaet utgjorde disse tre punktene hver sin kolonne som skulle prissettes hver for seg, og de to tilbyderne hadde også oppgitt timepriser på reparasjon i sine tilbud. Dette må forstås slik at "timepris på reparasjon" skulle vektlegges som et eget underkriterium ved evalueringen av "Pris". Slik faktum er klarlagt gjennom forhandlingene kunne innklagede ha vektet dette kriteriet svært lavt. Innklagede valgte imidlertid å vekte dette underkriteriet til 0 på bakgrunn av at det var vanskelig å estimere hvor mange timer som burde medregnes til reparasjon. Dette representerer en endring av tildelingskriteriet "Pris" i strid med forskriften § 17-2 (1), jf. kravet til forutberegnelighet i loven § 5.

*Evalueringen av tildelingskriteriet "Preferanser", underkriteriet "Transportkasse med vekt bør ikke veie over 6 kg."*

- (66) Klager anfører at innklagede har gjort en feil, når det ved evalueringen av preferanse 25 er lagt til grunn at valgte leverandørs spikermatte kun veide 3,2 kilo. Den komplette spikermatten valgte leverandør har tilbudt består av en oppbevaringsbag, fem STOP STICKs, en erstatningsmodul, snelle og strømpe. En STOP STICK på 91 cm veier 0,516 kg, noe som vil si at matten alene veier 3,096 kilo. Dette innebærer at valgte leverandørs oppgitte vekt på 3,2 kilo kun omfatter selve spikermatten, snelle og strømpe, og at oppbevaringsbagen ikke var tatt med ved evalueringen av preferanse 25.
- (67) Klagenemnda bemerker innledningsvis at valgte leverandør tilbød at spikermatten kunne leveres i to ulike oppbevaringsenheter. Primært ble det tilbudt å levere spikermatten i en bag, og alternativt med en monteringsbrakett som kan monteres i politibilenes bagasjerom. Ut fra sakens dokumenter er det så vidt klagenemnda kan se kun løsningen med oppbevaringsbag som er evaluert av innklagede, jf. også at *"Transportkasse"* er definert som en *"koffert eller tilsvarende som spikermatten samt tilbehør oppbevares i"* i konkurransegrunnlaget punkt 1.7.
- (68) I tilknytning til preferanse 25 hadde valgte leverandør opplyst: *"4,5 m STOP STICK leveres i to alternative oppbevaringsenheter, og veier ca 3,2 kilo. Se Utprøvingseksemplar. Utprøvingseksemplar er levert med bag og alternativ med monteringsbrakett"* Innklagede har forklart at det på bakgrunn av klagen fra klager ble foretatt en ny kontrollveiling av tilbudte spikermatter. Innklagede erkjenner at det var gjort en feil ved at vekten oppgitt i valgte leverandørs tilbud var lagt til grunn. Vekten på 3,2 kilo inkluderte ikke bagen. Valgte leverandørs komplette løsning med bag veier 3,9 kilo, noe som er 569,4 gram mer enn hva innklagede hadde lagt til grunn ved evalueringen av preferanse 25. Under dette kriteriet var det den totale vekten av *"Transportkasse med innhold"* som skulle vurderes. *"Transportkasse"* omfatter oppbevaringsbagen valgte leverandør har tilbudt, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.7 som er gjengitt ovenfor. Innklagede har på denne bakgrunn lagt feil faktum til grunn ved ikke å inkludere vekten av bagen som valgte leverandør tilbød, ved evalueringen av preferanse 25.
- (69) Klager har videre anført at innklagede har gjort en feil når klager har fått 0 poeng på preferanse 25. Klager viser til at innklagede i tilsvaret av 27. april 2010 har opplyst, at dersom løsningen fra klager skulle fungere, ville minste tilfredsstillende vekt innbefatte matte påmontert trekktau, med tillegg av selve kofferten. Dette utgjør nøyaktig 6 kilo, som er innenfor det oppstilte *"bør"* kravet, og burde derfor gitt poeng.
- (70) I kravspesifikasjonen punkt 2 nr. 16 var det oppstilt som et krav at *"Transportkasse med innhold skal inneholde spikermatte, reservedeler, eventuelle verktøy og forbruksmateriell."* Av klagers tilbud fremgikk det at komplett sett spikermatte veide 6,2 kg og bestod av en oppbevaringskoffert i hard plast, spikermatte med tau, arbeidshansker, ti reservespiker, ti gummitopper og ett stykk spikerskifteverktøy. Ettersom det var *"Transportkasse med innhold"* som skulle evalueres i henhold til preferanse 25 kan klagenemnda ikke se at innklagede har bygget på uriktig faktum ved å legge til grunn at klagers løsning var 6,2 kg. Ettersom det kun var oppfylte preferanser som skulle gis karakter fra 1-6 kan klagenemnda heller ikke se at det var urimelig ikke å gi klager poeng på dette kriteriet. At innklagede på et senere tidspunkt har uttalt at klagers løsning kunne fungert kun med spikermatten påmontert trekktau og oppbevaringskoffert, påvirker ikke lovligheten av innklagedes opprinnelige skjønnsutøvelse.

*Evalueringen av tildelingskriteriet "Preferanser", underkriteriet "Spikermatten bør stoppe større kjøretøy som buss/lastebil (kjøretøy over 7,5 tonn).*

- (71) Klager har anført at innklagede har gjort en feil ved å gi klager 0 poeng på preferanse 26. Innklagede har begrunnet å gi klager 0 poeng med at klager ikke har vedlagt dokumentasjon på at den tilbudte spikermatten kan stoppe kjøretøy over 7,5 tonn.
- (72) Av konkurransegrunnlaget punkt 6.1.4 *"Kravspesifikasjon (utfylt)"* fremgikk det at *"Besvarelse skal skje i skjemaet hvor kravene er spesifisert, se Del 2 Vedlegg A Kravspesifikasjon. Hvert enkelt krav skal besvares med tilbyders oppfyllelse (ja/nei), kommentarer og eventuell referanse til dokumentasjon eller løsning. Slike referanser skal være detaljerte, med punktnummer, sidenummer og dokumentnummer slik at det er enkelt å finne frem."* I skjemaet som skulle fylles ut, jf. del 2 vedlegg A *"Kravspesifikasjon"* var det under punkt 3 *"Preferanser"* i det vesentligste gjengitt samme krav til dokumentasjon som under punkt 6.1.4. I tillegg fremgikk det at oppfyllelse av preferanse 26 skulle verifiseres på bakgrunn av *"Tilbyders dokumentasjon i tilbudet"*.
- (73) Som dokumentasjon for at preferanse 26 var oppfylt har klager vist til innklagedes egen testrapport fra 2002. Innklagede har imidlertid opplyst at det i denne testen, som den aktuelle rapporten knytter seg til, ikke ble benyttet kjøretøy på over 7,5 tonn. Da dette ikke er imøtegått av klager, legger klagenemnda til grunn at testrapporten fra 2002 ikke kunne verifisere at klagers spikermatte kunne stoppe kjøretøy på over 7,5 tonn.
- (74) Klager har videre anført at det i tilbudet var vedlagt en brosjyre fra produsenten av den tilbudte spikermatten hvor det klart fremgikk at matten var egnet til å stanse kjøretøy over 7,5 tonn. Denne brosjyren var det imidlertid ikke henvisning til under preferanse 26, og av brosjyren fremgikk det kun at spikermattene stopper *"large trucks"*. Som innklagede har påpekt kan opplysningen om at spikermattene stopper *"large trucks"* forstås på flere måter.
- (75) Klager har også anført at kravet måtte anses å være dokumentert gjennom opplysningene innklagede mottok fra referanser i tilknytning til preferanse 30. Innklagede har opplyst at referansene klager hadde oppgitt under preferanse 30 bekreftet at den spikermatten klager tilbød kunne stanse kjøretøy på over 7,5 tonn. Tilbakemeldingene fra referansepersonene var imidlertid svært sprikende, og gjorde håndteringen av opplysningene vanskelig. Innklagede vurderte det slik at det mest korrekte var ikke å gi klager poeng på dette punktet.
- (76) Klagenemnda kan i lys av overstående ikke se at det er grunnlag for å konstatere at innklagedes skjønnsutøvelse har vært vilkårlig eller urimelig.

#### *Hvorvidt det er ført reelle forhandlinger*

- (77) Under henvisning til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/106 har klager anført at innklagede ikke har avholdt reelle forhandlinger med klager. Klager ble rangert best på både *"Pris"* og *"Kvalitet"*, men på tildelingskriteriet *"Preferanser"* fikk klager kun 0,4 poeng mot valgte leverandørs 1,8 poeng. På preferansene 25, 26 og 28 var klager gitt 0 poeng. Da det kun var 0,6 poeng som totalt skilte klagers og valgte leverandørs tilbud skulle klager, etter klagers oppfatning, ha blitt gjort oppmerksom på, og gitt anledning til å forhandle om, forhold som kunne forbedres i tilknytning til disse punktene.
- (78) Forskriften § 14-4 er en unntaksbestemmelse som i enkelte tilfeller gir adgang til å foreta anskaffelser uten kunngjøring. Bestemmelsen gir for eksempel adgang til å inngå avtale direkte med en leverandør dersom dette er den eneste aktuelle leverandøren, eller til kjøp av varer dersom varene noteres og kjøpes på en varebørs. I foreliggende sak har innklagede brukt prosedyren med henvisning til bestemmelsens bokstav a, som gir



adgang til unnlatt kunngjøring når tilbudene i en forutgående anbudskonkurranse er ukorrekte eller uakseptable.

- (79) I motsetning til det som er situasjonen for konkurranse med forhandling etter forskriftens del II (§ 11-8), og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring (§ 20-11), inneholder ikke forskriften uttrykkelige regler om gjennomføringen av en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Forskriften § 3-1, og de grunnleggende kravene i loven § 5 vil imidlertid gjelde, jf forskriften § 2-1 (1). De situasjonene hvor § 14-4 kan være aktuell er imidlertid ulikeartede. De krav til eventuelle forhandlinger som oppdragsgivere gjennomfører i medhold av forskriften § 14-4 må derfor ses i lys av hvilken bestemmelse som hjemler prosedyreformen, og de føringer innklagede har gitt for konkurransen. Det kan for eksempel ikke være noe til hinder for at oppdragsgiver i forhandlingsfasen som etterfølger en mislykket anbudskonkurranse, begrenser forhandlingene til å foreta avklaringer av de forhold ved tilbudene som begrunnet å gå over i konkurranse med forhandling. Anbudskonkurranseformen bygger på en forutsetning om at leverandøren inngir det beste tilbudet innen tilbudsfristens utløp, og dette er en forutsetning som oppdragsgiverne etter omstendighetene også i en viss grad må kunne bygge på i den etterfølgende konkurransen med forhandling.
- (80) I avvisningsbrevet av 21. september 2009, ble avvisningen av klagers tilbud begrunnet med at tilbudet manglet henvisning til dokumentasjon på samtlige krav i kravspesifikasjonen, noe som skapte usikkerhet om hvilke vedlegg som hørte til de enkelte krav, og dermed tvil om hvordan tilbudet skulle sammenlignes med øvrige tilbud, jf. 20-13 (1) bokstav f. Av invitasjonen til konkurranse med forhandling, som fulgte avvisningsmeddelelsen, fremgikk det at *”Det er anledning til å revidere alle sider av det tidligere innleverte tilbudet.”* Innklagede åpnet altså for forhandlinger i større utstrekning enn kun å foreta de rettelser som begrunnet avvisningen av tilbudene.
- (81) Dokumentasjonen fra forhandlingsmøtet viser at innklagede tok opp flere forhold ved klagers tilbud, som enten var uklare eller som burde forbedres. Av øvrig fremlagt dokumentasjon fremgår videre at det avgjørende for at valgte leverandør ble innstilt, var at valgte leverandør fikk bedre uttelling på fire av underkriteriene til tildelingskriteriet *”Preferanser”*. Kun preferanse 27 ble konkret påpekt av innklagede. Når det gjelder preferanse 25 (vekt) har innklagede vist til at klager er en profesjonell aktør i markedet, og at innklagede følgelig må kunne forvente at klager tilbød et produkt klager mener oppfyller kravspesifikasjonen på best mulig måte. Klagenemnda finner i denne forbindelse grunn til å vise til at konkurransegrunnlaget var uendret i forhold til den forutgående åpne anbudskonkurransen, og at det flere steder av konkurransegrunnlaget fremgikk at lav vekt var viktig. Klagers tilbud inneholdt komplett sett spikermatte, som bestod av en oppbevaringskoffert i hard plast, spikermatte med tau, arbeidshansker, ti reservespiker, ti gummitopper og ett stykk spikerskifteverktøy. Det var *”Transportkasse med innhold”* som skulle evalueres. Konkurransegrunnlaget åpnet for å tilby ulike løsninger, og innklagede måtte derfor kunne forutsette at klager hadde tilbudt løsningen med lavest mulig vekt basert på konkurransegrunnlagets krav. Klagenemnda kan følgelig heller ikke se at innklagede skulle ha plikt til å påpeke at spikermatten kunne leveres i andre oppbevaringsenheter enn koffert. Kravet til forutberegnelighet kan på denne bakgrunn ikke medføre en plikt for innklagede til å fremheve disse forholdene som forbedringspunkter i forhandlingene.
- (82) Når det gjelder preferanse 26 og 28 fikk klager 0 poeng i uttelling på grunn av mangelfull dokumentasjon på at preferansene var oppfylt. I forhandlingsmøtet ble det

generelt påpekt overfor klager at det måtte brukes tid på å fylle ut preferansene, da disse ville bli vektlagt ved evalueringen av tildelingskriteriene. Det fremgikk klart av konkurransegrunnlaget hvordan preferansene skulle fylles ut med tanke på henvisning til dokumentasjon. For øvrig var det også i brevet der tilbyderne ble invitert til å delta i konkurransen med forhandling, hvor det også ble gitt en begrunnelse for hvorfor klagers tilbud ble avvist, påpekt viktigheten av korrekt utfylling av kravspesifikasjonen: *"I kravspesifikasjonen vedlagt tilbudet mangler det henvisninger til dokumentasjon på samtlige krav. Dette skaper uklarhet om hvilke vedlegg som hører til det enkelte krav. Videre mangler det en beskrivelse av hvordan produktet oppfyller de krav som ikke er dokumentert med vedlegg. PDMT registrerer at tilbyder har krysset av "JA" på alle krav, men dette er ikke det samme som å sannsynliggjøre at produktet kan oppfylle kravet."* Dette gjaldt riktignok oppfyllelse av det som var omtalt som krav, men overstående bør likevel ha gitt klager en klar foranledning til å dokumentere oppfyllelsen av preferansene best mulig. Klagenemnda kan følgelig ikke se at det utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet at innklagede ikke fremhevet dette forhold i forhandlingene.

- (83) Klager har også anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5, ved å gi valgte leverandør tilbakemelding på flere forbedringspunkter i tilbudet, enn hva klager fikk tilbakemelding om. Klagenemnda bemerker til denne anførselen at selv om det fremgår av valgte leverandørs reviderte tilbud at valgte leverandør har endret flere punkter enn klager, så er ikke dette ensbetydende med at disse punktene ble påpekt av innklagede i forhandlingsmøtet. Klagenemnda bemerker også at selve antallet forbedringspunkter som påpekes av innklagede i seg ikke kan være avgjørende for spørsmålet om tilbyderne er gitt anledning til å forhandle på like vilkår. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

#### *Vedståelsesfrist. Likebehandling og god forretningsskikk*

- (84) Klager har anført at innklagede har brutt kravene til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5, ved ikke å anmode samtlige leverandører om å forlenge vedståelsesfristen.
- (85) Klagenemnda har i flere tidligere saker lagt til grunn at oppdragsgiver, ved spørsmål om forlengelse av vedståelsesfristen, i medhold av kravet til likebehandling, må ta kontakt med samtlige leverandører som har inngitt gyldig tilbud, jf. blant annet sakene 2008/2, 2007/108 og 2005/267. I sak 2005/267 uttalte klagenemnda følgende i premiss (30):
- "Først dersom alle leverandører har fått en oppfordring til å forlenge fristen, kan konkurransen slutføres i tråd med regelverket. Oppdragsgiverens plikt til å ta initiativ til å få forlenget vedståelsesfristen følger av kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5"*
- (86) Etter det opplyste ble vedståelsesfristen forlenget flere ganger. I e-post av 27. november 2009 ble valgte leverandør og klager forespurt om å forlenge vedståelsesfristen til 28. februar 2010, noe begge tilbyderne bekreftet. Den siste forlengelsen ble foretatt ved e-post av 15. februar 2010, da valgte leverandør etter ny anmodning fra innklagede, bekreftet å vedstå seg tilbudet frem til 19. mars 2010. Klager ble ikke anmodet om å forlenge fristen på dette tidspunktet.
- (87) Innklagede anfører i denne forbindelse at manglende anmodning til klager om å forlenge vedståelsesfristen, i dette konkrete tilfellet, ikke utgjør et brudd på kravene til likebehandling og god forretningsskikk. Klager må anses for å ha forlenget sin vedståelsesfrist gjennom konkludent adferd, først ved å klage på tildelingen i brev av

17. februar 2010 og deretter ved å varsle om midlertidig forføyning i brev av 4. mars 2010. Der klager benytter sin klagerett og gir uttrykk for at det vil være aktuelt å gå til midlertidig forføyning, må oppdragsgiver kunne forutsette at vedståelsesfristen er utvidet slik at omgjøring til fordel for klager faktisk kan skje.

- (88) Etter klagenemndas oppfatning kan en klage fra en leverandør ikke nødvendigvis tas til inntekt for at leverandøren forlenger sin vedståelsesfrist, med mindre dette uttrykkelig er uttalt. At klager også har sendt varsel om midlertidig forføyning endrer ikke dette. Innklagedes unnlattelse av uttrykkelig å forespørre klager om forlengelse av vedståelsesfristen, skaper uansett en risiko for at klager vil kunne anses ubundet. Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt kravene til likebehandling og god forretningsskikk, jf. loven § 5 ved ikke å forlenge vedståelsesfristen med samtlige deltakere i konkurransen.

*Hvorvidt det er ført referat fra forhandlingene*

- (89) Klager har videre anført at innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet, ved ikke å føre referat fra forhandlingene med klager. Den interne e-posten innklagede har fremlagt, som bevis på hva som ble omtalt i forhandlingene, kan ikke anses tilstrekkelig til at regelverkets krav er oppfylt. Klager viser til at notoriteten og etterprøvnbarheten er svekket når leverandøren ikke får oversendt det som er skrevet, for rettelser av eventuelle mangler/feil. For å tilfredsstille regelverkets krav må et referat derfor oversendes for merknader før det ferdigstilles som et formelt referat, samt at dokumentet må ha en viss grad av formalisme som overstiger en intern e-post.
- (90) Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at det følger av kravet til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet at oppdragsgiver har plikt til å føre referat fra forhandlingsmøter, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sakene 2010/41, 2009/254 og 2007/134. Spørsmålet for klagenemnda er om den interne e- posten av 30. oktober 2009 som innklagede sendte til egne medarbeidere, oppfyller kravet til referatføring.
- (91) Verken lov eller forskrift om offentlige anskaffelser oppstiller nærmere formkrav til hvordan referat skal utformes. Forskriften § 3-1 (7) gir imidlertid en viss veiledning for hvilke krav som stilles til dokumentasjon for gjennomføringen av en konkurranse med forhandling. Av denne bestemmelsen fremgår det at *"Oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet."*
- (92) Den aktuelle e-posten av 30. oktober 2009 ble sendt av innklagede til egne medarbeidere, samme dag som forhandlingene med klager var avholdt, og omtalte hva som var blitt sagt mellom partene på forhandlingsmøtet. Innklagede har forklart at det ble ansett som viktig at medarbeidere som skulle representere innklagede i møtet med valgte leverandør, hadde kjennskap til hvilke opplysninger som var formidlet til klager.
- (93) Formålet med å skrive referat fra et forhandlingsmøte er at det i ettertid ikke skal være tvil om forløpet, herunder hva som har blitt sagt mellom partene. Klager har ikke bestridt at innholdet i innklagedes interne e-post ga et representativt uttrykk for hva som var omtalt i forhandlingsmøtet avholdt 30. oktober 2009. Klagenemnda har tidligere uttalt at det ikke kan oppstilles en plikt for oppdragsgiver til å oversende møterefertat til leverandørene for godkjenning, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2007/134 premiss (40). Kravet i forskriften § 3-1 7 er at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen skal nedfelles skriftlig. Da det ikke er oppstilt nærmere formkrav finner klagenemnda at innklagedes interne e-post oppfyller

kravene til referatføring i anskaffelsesregelverkets forstand. Klager anførsel fører derfor ikke frem.

*Subsidiært*

(94) Klager har subsidiært anført at underkriteriene 27, og/eller 28, og/eller 30 er usaklig konkurransebegrensende og i strid med forbudet mot ikke diskriminering. Klager har presisert at denne anførselen kun er forutsatt vurdert dersom klager ikke vinner frem med en eller flere av anførselene som knytter seg til tildelingsevalueringen eller anførselen om at det ikke er ført reelle forhandlinger. Klagenemnda har ovenfor konkludert med at innklagede har brutt regelverket ved å endre innholdet i tildelingskriteriet pris ved evalueringen, og for å ha lagt til grunn feil faktum ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud i henhold til preferanse 25. Anførselen blir derfor ikke behandlet.

Konklusjon:

Politiets data- og Materielltjeneste har brutt forskriften § 17-2 ved å endre tildelingskriteriet pris etter tilbudsfristens utløp.

Politiets data- og Materielltjeneste har brutt regelverket ved å legge uriktig faktum til grunn ved evalueringen av underkriteriet "*Transportkasse med innhold bør ikke veie over 6 kg*".

Politiets data- og Materielltjeneste har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved ikke å forespørre samtlige deltakere i konkurransen om forlengelse av vedståelsesfristen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

7. februar 2011

Morten Goller