



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en konkurranse for anskaffelse av luktreduksjonsfilter. Anskaffelsen var av en slik verdi at kun loven og forskriften del I kom til anvendelse for gjennomføringen av den. Klagenemnda kom til at innklagede hadde gitt klager en tilstrekkelig begrunnelse, at det ikke forelå plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, at innklagede ikke ulovlig hadde endret anskaffelsens omfang, og at det ikke var holdepunkter for at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling eller forutberegnelighet ved tilbudsvurderingen.

Klagenemndas avgjørelse 22. oktober 2012 i sak 2011/134

Klager: Miljø-Teknologi AS

Innklaget: Vestfjorden Avløpsselskap

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Jakob Wahl

Saken gjelder: De generelle kravene i loven § 5, avvisning av tilbud, begrunnelse, tildelingsevaluering

Bakgrunn:

- (1) Vestfjorden Avløpsselskap (VEAS), et interkommunalt samarbeid eid av kommunene Asker, Bærum og Oslo (heretter kalt innklagede), publiserte 25. januar 2011 en prisforespørsel i anbudsportalen Adeasy for anskaffelse av luktreduksjonsfilter.
- (2) I prisforespørselen punkt 3.5 "*Krav til levering og overtagelse av installasjon*" fremgikk det blant annet at "*Leveransen skal inkludere frakt og forsikring til VEAS*" og at "*Anlegget skal være levert, montert, sertifisert og idriftsatt før overtakelse*".
- (3) Anskaffelsen var i hovedsak beskrevet med tekniske spesifikasjoner i form av ytelses- og funksjonskrav. I punkt 4 "*Beskrivelse av kontraktsarbeidet*" fremgikk det nærmere hva innklagede ønsket å få tilbud på. Av underpunkt 4.1 fulgte det:

"Dette konkurransegrunnlaget gjelder kontrakt for totalentreprise på nytt luktreduksjonsanlegg for VEAS. Det skal gis tilbud på:

- Luktreduksjonsanlegg med tilretteleggelse for, og ved behov, vifte og befuktingsenhet.*
- Opsjon på kjøp og montering av vifte med tilhørende elektro- og styreskapelektro/automatikk/styring*
- Opsjon på kjøp og montering av befuktingsenhet*

(...)

Alle arbeider for en komplett leveranse skal være inkludert i tilbudet og en detaljert beskrivelse av leverandørens løsning skal følge tilbudet."

- (4) Av punkt 4.3.5 "Grunn- og bygningsmessige arbeider" fremgikk det at alle "nødvendige grunn- og bygningsmessige arbeider, som fundament, plattform, rekkverk, leder for tilgang til filtermediet mm skal inngå".

- (5) Tildelingskriteriene var angitt i prisforespørselen punkt 7. Her fremgikk det at:

"Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket tilbud som kjøperen anser som det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier i uprioritert rekkefølge:

- Leverings- eller ferdigstillelsesdato*
- Service og teknisk bistand ved levering*
- Vedlikeholds- og driftsbetjening*
- Pris*
- Kvalitet"*

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud fra to tilbydere. Ett av disse var fra Miljø-Teknologi AS (heretter kalt klager), og de fire øvrige var ulike alternativer fra Clairs/Lindum AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (7) I valgte leverandørs tilbud side 3 var det et punkt kalt "Følgende er med / ikke med i dette tilbudet". Under kolonnen med "Er ikke med" var det oppført frakt, kranleie/lossing, fundamentering (planering) og jordforankring i nærhet av filteret.

- (8) Valgte leverandørs tilbud side 3 hadde også et punkt som gjaldt "Befuktning". Her fremgikk det at på "målepunktet ble det målt over 99% Rh og 33°C som kan betegnes som gunstig for filteret". Vedrørende vifte var det i tilbudet side 4 inntatt at "En felles vurdering av kunde og CLAIRS gjør at vi antar at eksisterende vifte vil tåle det nye trykkfallet gjennom biofilteret".

- (9) Innklagede kontaktet klager ved e-post 18. februar 2011 og ba om at klager skilte ut enkeltelementene i sitt tilbud, og prisen på disse. Klager besvarte e-posten 28. februar 2011, der pristilbudet var oppdelt i åtte elementer, heriblant grunnarbeider, frakt, og opsjonen på befuktning og ventilasjon.

- (10) I anbudsprotokollen punkt 13 "Redegjørelse og innstilling" var det inntatt en prissammenstilling av de ulike elementene i tilbudene. Prisene var sladdet. Det fremgikk også at:

"Begge tilbydere tilfredsstiller de krav som er satt i forespørselen. Siden Miljø-Teknologi har en såpass høy tilbudspris ble det bedt om at tilbudet ble splittet for å bedre kunne sammenligne dette med tilbudet fra Clairs/Lindum.

(...)

Vi antar samme sum for grunnarbeid og frakt for begge leverandørene og holder opsjon utenom. Tilbudene blir da:

(...)

Clairs/Lindum AS har ikke oppgitt opsjonspris på overvåknings- og befuktningsutstyr. I forespørselen ble det lagt vekt på at anlegget skal være enkelt å drifte og vedlikeholde. Vi holder derfor overvåknings- og befuktningsutstyr utenom prissammenstillingen.

Etter sammenligningen av tilbudene etter oppsplittingen er tilbudet fra Miljø-Teknologi så mye over tilbudet fra Clairs/Lindum AS at det anbefales at alternativ 3 i tilbudet fra Clairs/Lindum velges"

- (11) Innklagede meddelte klager om sitt valg av leverandør 8. april 2011. I brevet fremgikk det at *"Etter en samlet vurdering har VEAS til intensjon å inngå avtale med Clairs/Lindum AS. Clairs/Lindum AS har etter grundig vurdering gitt det økonomisk beste tilbudet"*. Det ble også gitt en frist for å klage på beslutningen til 15. april 2011.
- (12) Klager henvendte seg til innklagede ved e-post 13. april 2011 og ba om en nærmere begrunnelse for valget av leverandør. Det ble samtidig bedt om en forlengelse av klagefristen til 30. april 2011.
- (13) Innklagede besvarte henvendelsen ved e-post 28. april 2011:

"Som du skriver er de oppstilte tildelingskriteriene i utlysningen ikke angitt i prioritert rekkefølge eller vektet, hvilket det ikke er noe krav til ved anskaffelser under terskelverdi. Det er derfor foretatt en samlet vurdering av hva som anses som det økonomisk mest fordelaktig tilbudet. Deres tilbud var 40 % høyere enn tilbudet fra Clairs/Lindum. I forhold til de øvrige tildelingskriteriene ble deres tilbud vurdert relativt likt eller noe bedre enn tilbudet fra Clairs/Lindum, men ikke tilstrekkelig til å veie opp for prisdifferansen. Samlet sett fremstod det som klart at tilbudet fra Clairs/Lindum var det mest fordelaktige."

- (14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) 3. mai 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Etterprøvbarehet

- (15) Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet ved at begrunnelsen for valget av leverandør var for knapp. Begrunnelsen gir ikke tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om innklagedes evaluering av tilbudene er saklig og forsvarlig, og i samsvar med tildelingskriteriene.
- (16) Innklagede har heller ikke gitt klager innsyn i anskaffelsesprotokollen, selv om klager muntlig etterspurte dette gjentatte ganger. Også dette er et brudd på kravet til etterprøvbarehet.

Forutberegnelighet og likebehandling

- (17) Innklagede har også ved en rekke forhold brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling.
- (18) Valgte leverandørs tilbud inneholder for det første avvik fra kravene i prisforespørselen. Prisen skulle gjelde "*en komplett leveranse*", og dette inkluderte grunnarbeider og frakt. Valgte leverandør har i sitt tilbud angitt at frakt, lossing og grunnarbeider ikke følger med i pristilbudet. Innklagede har heller ikke gitt tilbud på opsjoner i henhold til prisforespørselen punkt 4.1.
- (19) Ved å anta valgte leverandørs tilbud har innklagede ulovlig begrenset omfanget av anskaffelsen. Innklagede hadde ikke adgang til å ta ut deler av leveransen etter at tilbud var innlevert. Dette gjelder også for anskaffelser under terskelverdiene.
- (20) Klager bestrider også innklagedes anførsel om at det for anskaffelser under terskelverdiene er adgang til å forhandle om tilbudenes innhold. Det vises til at det ikke var opplyst om mulige forhandlinger i prisforespørselen, og at tilbyderne kanskje ville priset sine tilbud annerledes om forhandlingsadgangen var tilkjennegjort. Dessuten er det i strid med likebehandlingsprinsippet dersom kun én av tilbyderne er gitt anledning til å forhandle.
- (21) Innklagedes fremgangsmåte ved vurderingen av tilbudene er heller ikke i samsvar med kravene i loven § 5. Det vises til at innklagede la til grunn samme pris for grunnarbeider i valgte leverandørs tilbud som i klagers tilbud, uavhengig av at løsningene var forskjellige. Innklagede har med dette endret forutsetningene for konkurransen. Fremgangsmåten er for øvrig i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet, og med god anbudsskikk.
- (22) Innklagede har også brutt de generelle kravene i loven § 5 ved å basere tildelingen utelukkende på pris. I prisforespørselen fremgår det at kontraktstildelingen skal skje på grunnlag av hvilket tilbud som kjøperen anser som det økonomisk mest fordelaktige, basert på en rekke tildelingskriterier. I anskaffelsesprotokollen er det imidlertid kun oppstilt pris. Dette er i strid med kravet til forutberegnelighet.

Innklagedes anførsler:

Etterprøvbarehet

- (23) Klager har ikke bedt om innsyn i anskaffelsesprotokollen, men om nærmere begrunnelse for tildelingen. Klager har mottatt en slik nærmere begrunnelse. Klagers anførsel har også formodningen mot seg ettersom anskaffelsesprotokollen ble gitt til en annen leverandør som ba om innsyn i denne.
- (24) Når det gjelder begrunnelsen for valg av tilbyder var denne tilstrekkelig. Det vises til at det gjelder en anskaffelse til under kroner 200 000,-, til proporsjonalitetsprinsippet som fremgår av forskriften § 3-1 (5), og til at prisforskjellen mellom tilbudene var så stor at utfallet av konkurransen fremstod som åpenbart.

Forutberegnelighet og likebehandling

- (25) Innklagede hadde rett til å forhandle om deler av tilbudet selv om dette ikke eksplisitt var angitt i prisforespørselen. Det ligger i selve *forespørselens* natur at det er anledning til avklaringer, forhandlinger, og til å justere tilbud og løsninger. Ved en enkel

prisforespørsel er det heller ikke i strid med kravet til forutberegnelighet om man ber en tilbyder oppgi transportpris eller velger å kjøpe en tjeneste uten transport, selv om man i utgangspunktet så for seg en slik løsning. Dersom det hadde vært ønskelig å gjennomføre en vanlig åpen anbudskonkurranse ville man ha gjort dette.

- (26) Begge tilbyderne ble også behandlet likt når det gjelder avklaringer/forhandlinger. Klager hadde kun oppgitt en totalpris inkl. opsjoner, og ble bedt om å splitte opp tilbudet slik at det var mulig å finne tilbudspris uten opsjonene som på grunn av budsjett ikke var aktuelle.
- (27) Innklagede bestrider også klagers anførsel om at det var i strid med kravene til likebehandling, forutberegnelighet eller god anbudsskikk å godta valgte leverandørs tilbud selv om frakt og eventuelt grunnarbeid ikke var inkludert i prisen. Det vises til at disse ikke var satt opp som absolutte krav, og for øvrig at det var adgang til å forhandle om alle deler av tilbudet eller løsningen.
- (28) Når det gjelder kostnader til grunnarbeider synes dette misforstått av klager. Valgte leverandør har en løsning som står på ben og som ikke krever fundamentering eller særlige grunnarbeider utover at stedet den plasseres på er plant. Det forhold at valgte leverandørs tilbud ikke inkluderer opsjoner medfører heller ikke avvisningsplikt. Innklagede kom etter tilbudsinngivelse til at de forespeilede opsjonene ikke ville bli aktuelle, og holdt derfor disse utenfor tildelingsevalueringen.
- (29) Klagers anførsel om at det kun er pris som er vektlagt i tildelingsevalueringen medfører heller ikke riktighet. Tilbudene er vurdert i forhold til alle tildelingskriteriene, slik det også er redegjort for overfor klager. I lys av størrelsen på anskaffelsen, og at utfallet fremstod som åpenbart grunnet den store prisforskjellen, har man ikke utdypet andre forhold enn pris i anbudsprotokollen.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder luktredusjonsfilter som er en vareanskaffelse. Det fremgår av sakens opplysninger at innklagede vurderte anskaffelsens verdi til ca. 200 000 kroner. Tilbudene som ble inngitt var også i denne størrelsesorden. Anskaffelsen følger dermed lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I, jf. § 2-1 (1).
- (31) Anskaffelsen i foreliggende sak er ikke kunngjort som en anbudskonkurranse, men ble gjort kjent for markedet ved publiseringen av en prisforespørsel i anbudsportalen Adeasy. Adeasy er, ifølge opplysninger på selskapets nettsider, et konkurranseutlysingsverktøy for både offentlige og private oppdragsgivere i Skandinavia. Verktøyet benyttes av over 12 000 leverandører av alle typer varer og tjenester.
- (32) Reglene i forskriften del II og III gjelder ikke for foreliggende anskaffelse. Forskriften del I gjelder imidlertid uavhengig av anskaffelsens art og verdi, jf. § 2-1. Dermed skal anskaffelsen blant annet *"så langt det er mulig være basert på konkurranse", "gjennomføres på en måte som innebærer lik behandling av leverandører", og "med mulighet for leverandører til å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltagelse og tildeling av kontrakt"*, jf. forskriften § 3-1 (1) og (4).

- (33) I forskriften § 3-1 (5) heter det videre at "*[o]ppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen*". Dette innebærer at de plikter som indirekte påligger oppdragsgiver ved de grunnleggende kravene i loven § 5 og forskriften § 3-1, må forstås i lys av anskaffelsens verdi og øvrige karakteristikk, jf. også formålet om "*mest mulig effektiv ressursbruk*" i loven § 1.

Etterprøvnbarhet

- (34) Klager anfører for det første at innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet. Det vises til at begrunnelsen for valget av leverandør var utilstrekkelig, og at innklagede ikke ga klager innsyn i anskaffelsesprotokollen.
- (35) Anskaffelsen følger loven og forskriften del I, og er dermed ikke underlagt egne bestemmelser om begrunnelse. Klagenemnda har imidlertid lagt til grunn at kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5 innebærer at oppdragsgiver må gi en begrunnelse for valg av leverandør som gjør det mulig å bedømme om tildelingen er foretatt i samsvar med reglene fastsatt for konkurransen, jf. klagenemndas sak 2008/153 premiss (60) med videre henvisninger. Forutsetningen må imidlertid være at det er gjennomført en konkurranse mellom flere leverandører, og at anskaffelsen er av en viss verdi. Det nærmere innholdet i en slik begrunnelse må videre stå i forhold til verdien av anskaffelsen, og vil kunne variere etter forhold ved den enkelte anskaffelse, jf. også proporsjonalitetsprinsippet som kommer til uttrykk i forskriften § 3-1 (5).
- (36) Innklagede informerte klager 8. april 2011 om at "*Etter en samlet vurdering har VEAS til intensjon å inngå avtale med Clairs/Lindum AS. Clairs/Lindum AS har etter grundig vurdering gitt det økonomisk beste tilbudet*". I en nærmere begrunnelse 28. april 2010 fulgte det at "*Deres tilbud var 40 % høyere enn tilbudet fra Clairs/Lindum. I forhold til de øvrige tildelingskriteriene ble deres tilbud vurdert relativt likt eller noe bedre enn tilbudet fra Clairs/Lindum, men ikke tilstrekkelig til å veie opp for prisdifferansen. Samlet sett fremstod det som klart at tilbudet fra Clairs/Lindum var det mest fordelaktige*".
- (37) Begrunnelsen ga klager informasjon om at prisforskjellen var utslagsgivende. Når leveransene for øvrig var noenlunde likt vurdert, må disse opplysningene til sammen klart anses å tilfredsstille lovens krav til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (38) Når det gjelder manglende tilsendelse av anskaffelsesprotokoll har klager vist til at det ble fremsatt muntlige forespørsler om dette. Innklagede bestrider dette, og viser til at anskaffelsesprotokollen på forespørsel ble oversendt en annen leverandør. Klagenemnda kan ikke ta stilling til faktiske uenigheter mellom partene, og har utover klagers påstand ikke holdepunkter for å si at klager ble nektet innsyn. Klagers anførsel avvises med dette som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsloven § 9.

Forutberegnelighet og likebehandling

- (39) Klager har fremmet flere anførsler som gjelder at valgte leverandørs tilbud ikke inkluderte frakt, lossing, grunnarbeider, samt at det ikke var tilbudt opsjoner som forutsatt i prisforespørselen. Det er argumentert for at innklagede som følge av disse

avvikene hadde plikt til å avvise valgte leverandør, og at innklagede ved å akseptere tilbudet ulovlig begrenset anskaffelsens omfang.

- (40) Avvisning av tilbud er ikke direkte regulert i forskriften del I, og det gjelder dermed ikke uttrykkelige regler om avvisningsplikt. Også ved gjennomføringen av anskaffelser som følger forskriften del I kan imidlertid de grunnleggende kravene i loven § 5 i enkelte tilfeller medføre at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud. Det følger av kravet til likebehandling at tilbud som inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget skal avvises, jf. klagenemndas saker 2005/135 premiss (28) og 2008/153 premiss (57).
- (41) Når det gjelder grunnarbeider, forutsatte valgte leverandørs tilbudte løsning ikke annet enn et plant underlag. Etter det opplyste var underlaget allerede plant, og valgte leverandørs tilbud representerer derfor ikke et avvik fra kravet om at nødvendige grunnarbeider skulle inngå.
- (42) Valgte leverandørs opplysning om at tilbudet ikke inkluderte frakt eller lossing må imidlertid regnes som et forbehold. Disse tjenestene utgjør likevel sideordnede deler av anskaffelsen som kan utføres av andre og enkelt prissettes. Forbeholdet kan dermed ikke anses som vesentlig. Innklagede ba også i denne forbindelse klager om å dele opp de ulike elementene i sitt pristilbud. På denne måten kunne klagers tilbud vurderes uten de angjeldende elementene, og innklagede fikk et relevant og forsvarlig sammenligningsgrunnlag for tilbudsevalueringen. I foreliggende sak kan denne fremgangsmåten ikke anses å være i strid med kravene til forutberegnelighet eller likebehandling.
- (43) Når det gjelder opsjonen på vifte og befruktningsenhet vises det til prisforespørselen punkt 4.1, gjengitt i premiss (3) ovenfor. Etter dette skulle det gis tilbud på luktreduksjonsanlegg, *"med tilretteleggelse for, og ved behov, vifte og befruktningsenhet"*, og opsjoner på vifte og befruktningsenhet.
- (44) Det fremgikk av valgte leverandørs tilbud angående befruktning at foretatte målinger *"kan betegnes som gunstig for filteret"*, og for øvrig at den eksisterende viften hos innklagede ble vurdert som tilstrekkelig for den aktuelle løsningen. Slik dette ble vurdert av innklagede i samråd med valgte leverandør var det derfor ikke *"behov"* for vifte og befruktningsenhet. Ut fra prisforespørselens utforming på dette punkt, legger klagenemnda til grunn at innklagede ønsket tilbud på opsjon på vifte og befruktningsenhet.
- (45) Ettersom valgte leverandør ikke hadde inngitt tilbud på opsjoner, inneholder tilbudet i så måte et avvik fra det som er etterspurt i prisforespørselen. Ved at innklagede valgte å utelate opsjonene fra tilbudsevalueringen, fikk imidlertid avviket i valgte leverandørs tilbud ikke innvirkning på evalueringen. Innklagedes fremgangsmåte kan i denne relasjon vurderes som en delvis avlysning av konkurransen, og er som hovedregel ikke tillatt, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2010/236 premiss (29) flg. om en konkurranse som fulgte forskriften del III.
- (46) I foreliggende sak må det tas hensyn til at konkurransen er basert på en prisforespørsel som ikke er omfattet av andre regler enn forskriften del I. Etter at tilbudene var mottatt vurderte innklagede det slik at det likevel ikke var påkrevet å ha rett til senere å utløse opsjonene. Hensynet til klager ble ivaretatt ved at klager ble bedt om å dele opp prisen

for de ulike elementene i sitt tilbud, slik at sammenligningsgrunnlaget var det samme for begge tilbudene. Det er vanskelig å se for seg at klager ville endret sitt tilbud dersom det uttrykkelig hadde vært opplyst om at det var valgfritt å inkludere opsjoner i tilbudet. Følgelig er det først og fremst hensynet til potensielle konkurrenter som kan tilsi at innklagede ikke kunne akseptere et tilbud uten opsjoner. Sett hen til anskaffelsens omfang, finner ikke klagenemnda å tillegge dette avgjørende betydning. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (47) Klager har også anført at innklagede har brutt de generelle kravene i loven § 5 ved kun å vurdere tilbudene på grunnlag av pris, og har vist til at kun pris var kommentert i anbudsprotokollen.
- (48) Av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 følger det at oppdragsgiver ved tildelingsevalueringen må evaluere tilbudene i samsvar med de opplysningene som er gitt i konkurransegrunnlaget, jf. for eksempel klagenemndas saker 2009/98 premiss (28) og 2010/19 premiss (36).
- (49) Ved tildelingsbeslutning av 8. april 2011 opplyste innklagede at det var en stor prisforskjell på tilbudene, og at klagers tilbud ble vurdert likt eller noe bedre enn valgte leverandør ved de øvrige tildelingskriteriene. Etter klagenemndas syn viser dette at innklagede ikke utelukkende vurderte pris ved evalueringen av tilbudene. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Vestfjorden Avløpsselskap har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 22. oktober 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven