



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale om kjøp av laboratorietjenester. Klager anførte at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandør som følge av at et kvalifikasjonskrav ikke var oppfylt ved første tilbudsfrist. Klagenemnda kom til at valgte leverandør kunne supplere en kredittvurdering som ikke oppfylte kvalifikasjonskravet, med senere kredittvurderinger. Klagenemnda kom videre til at innklagede ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud på grunn av at enkelte analyser ikke kunne leveres innen tidsfristene. Det gjaldt ikke et slikt krav i konkurransen, og innklagede hadde forbeholdt seg retten til å holde enkelte analyser utenfor tildelingen.

Klagenemndas avgjørelse 4. februar 2013 i sak 2012/233

Klager: Labora AS, Sunnlab AS, Toslab AS, PreBio AS og Trondheim kommune/Analysesenteret

Innklaget: Mattilsynet

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, avvisning av tilbud

Bakgrunn:

(1) Mattilsynet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 13. desember 2011 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale med flere leverandører for kjøp av laboratorietjenester. Rammeavtalens varighet er i kunngjøringen punkt II.1.4 oppgitt til 2 år, med opsjon på forlengelse med inntil 2 år i punkt II.2.2. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 4 "Omfang" angitt til ca. kroner 7 000 000 pr. år. Tilbudsfrist er i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 20. januar 2012.

(2) I kunngjøringen punkt II.1.5 "Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang" fremgikk følgende:

"Mattilsynet utfører tilsynsarbeid i forhold til næringsmiddelvirksomheter, fôrvarer og plantehelse, fiske- og dyrehelse og dyrevern, samt kjøttkontroll og grensekontroll. Slikt tilsyn medfører blant annet uttak av prøver for analyse og Mattilsynet har behov for laboratorietjenester til gjennomføring av slike analyser."

(3) I kunngjøringen punkt II.1.8 var det opplyst at kontrakten ville bestå av delleveranser. I bilag B til kunngjøringen "Opplysninger om delkontrakt" fremgikk det at det kunne leveres tilbud på de etterspurte analysene til ett eller flere av innklagedes distriktskontor. I alt har innklagede 54 slike distriktskontor, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.

- (4) Kvalifikasjonskravene var inntatt i konkurransegrunnlagets vedlegg 1. Her var det blant annet oppstilt krav til *"Finansiell og økonomisk stilling"*:

"Leverandør skal ha økonomisk og finansiell soliditet som gir Oppdragsgiver trygghet for at leverandøren vil være økonomisk levedyktig i hele avtaleperioden, og fullt ut i stand til å ivareta sine forpliktelser i henhold til de anslåtte rammene for avtalen."

- (5) Som dokumentasjon for dette skulle tilbyderne vedlegge en *"Kredittvurdering"*:

"Kredittvurdering fra anerkjent kredittvurderingsbyrå."

Basert på siste kjente regnskapstall og inneholde kredittrating, delbedømmelse og historisk rating. Vurderingen skal ikke være eldre enn seks (6) mnd fra tilbudsfrist.

Kredittratingen skal ikke være dårligere enn tilsvarende "kredittverdig".

- (6) Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 7.3 *"Tilbudsevaluering"*. Her var leveransedyktighet angitt med 40 % vekt, kvalitet med 30 % og pris med 30 %. Det var også inntatt en nærmere beskrivelse av de enkelte kriteriene. Fra beskrivelsen av leveringsdyktighet gjengis følgende:

"Med store avstander mellom kontor og tilsynsvirksomheter, har Mattilsynet en utfordrende organisering i forhold til å få levert analyseprøver til laboratoriet på en effektiv måte innenfor fristen for når analysearbeidet må starte. Vårt behov for raske og sikre logistikk-løsninger er fundamentalt, og tilbyders løsninger vil være svært viktig i vurderingen av tilbudene, jf Vedlegg 3 Kravspesifikasjon."

Når det gjelder analyser for E-coli og Kimtall i drikkevann, med krav om henholdsvis 6 og 12 timers frist for analysestart, vil de laboratoriene som kan overholde denne fristen bli prioritert for levering av disse analysene. Det samme gjelder trikinanalyser som også krever rask analysestart, jf Vedlegg 3 Kravspesifikasjon — krav nr 4. Det kan bety at noen DK kan inngå egne avtaler på disse analysene."

Beskrivelse av prosedyrer for behandling av sendinger som har brukt for lang tid på transporten og/eller har for høy temperatur ved ankomst til laboratoriet vil også inngå i vurderingen."

- (7) I vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget var det inntatt en *"Kravtabell"*. Det var opplyst at *"[s]amlige spørsmål i kravtabellen skal besvares. Svarene her, og utfylt informasjon i Vedlegg 4 Tilbudsskjema, danner grunnlaget for Mattilsynets evaluering av tilbudet"*. De oppstilte kravene var deretter ordnet etter hvilket tildelingskriterium de tilhørte. Som krav nr. 4 under tildelingskriteriet *"Leveransedyktighet"* fulgte følgende *"Krav til analysestart"*:

"For flere typer prøver må mikrobiologiske analyser, i henhold til krav gitt i forskrifter, normalt påbegynnes innen 24 timer etter at prøvene er tatt ut. For drikkevann noe kortere tid for to analysetyper, henholdsvis 6 timer for E-coli og 12 timer for kimtall. For trikiner kan kravet til analysestart være helt ned i 2 timer i henhold til slakterienes rutiner som Mattilsynet er forpliktet til å følge."

Leverandør må oppgi om følgende tidsfrister kan overholdes i forhold til de av Mattilsynets distriktskontor de gir tilbud til."

Mikrobiologiske prøver generelt — 24 timer

E-coli i drikkevann — 6 timer

Kimtall i drikkevann — 12 timer

Trikiner — angi korteste frist for analysestart"

- (8) Konkurranses grunnlagets vedlegg 4 bestod av skjemaer som tilbyderne skulle fylle ut. I skjemaet *"Informasjon om utvalgte analysetyper"*, skulle det oppgis pris og annen informasjon vedrørende 16 ulike analyser – blant annet *"E. Coli"* i drikkevann, og *"Kimtall – 22°C"* i drikkevann. I skjemaet *"Andre valgte analyser – det ønskes informasjon om"* var *"Trikiner"* blant de 37 inntatte analysetypene.
- (9) Innen tilbudsfristen 20. januar 2012 mottok innklagede tilbud fra 21 tilbydere, derunder Eurofins Norsk Matanalyse AS (heretter kalt valgte leverandør), og Labora AS, Sunnlab AS, TosLab AS, PreBio AS og Trondheim kommune/Analysesenteret (heretter i fellesskap kalt klagerne). Fire av tilbyderne leverte tilbud for alle distriktskontorene. De øvrige tilbyderne leverte tilbud vedrørende ett eller flere distriktskontor. Antall tilbud vedrørende de ulike distriktskontorene varierte fra fire til ni tilbud.
- (10) Vedlagt valgte leverandørs tilbud var en kredittvurdering fra AAA Soliditet AS, datert 1. desember 2011. Her fremgikk det under punktet *"Rating"* at valgte leverandør ble vurdert til karakteren *"B (Kreditt mot sikkerhet)"*.
- (11) Innklagede har forklart at valgte leverandør, på bakgrunn av de ovenstående opplysninger, ble kontaktet pr telefon og orientert om at innklagede ville avvise leverandøren som følge av kredittratingen. Valgte leverandør forklarte i telefonsamtalen at kredittvurderingen var gjennomført på feil grunnlag, og ikke tok hensyn til et ansvarlig lån fra eierne som kunne betraktes som egenkapital.
- (12) Valgte leverandør ettersendte deretter ytterligere dokumentasjon med basis i foreløpig regnskap for 2011, i tillegg til to nye kredittvurderinger. I kredittvurderingen fra D&B, datert 28. februar 2012, ble valgte leverandør vurdert til ratingen *"A (Kredittverdig)"*. I vurderingen vedlagt fra Experian, også datert 28. februar 2012, ble valgte leverandør rangert i risikoklasse *"5 – Kredittverdig: Under Gjennomsnittlig Risiko"*.
- (13) Fra valgte leverandørs besvarelse av ovennevnte *"Krav til analysestart"*, gjengis:

"Eurofins vil med sine forslag til transportløsninger kunne sette i gang alle mikrobiologiske analyser innen 24 timer.

Der det kreves igangsetting innen 6 timer og 12 timer vil dette kunne tilbys til de kontorer der prøvene blir levert laboratoriet samme dag som uttak. Det vil si for de kontorer som ligger i nærheten av et Eurofins laboratorium.

Drikkevannsforskriften henviser til "Veiledning i prøvetaking av drikkevann og vann som brukes i næringsmiddelproduksjon" NS-ISO 5667-5. I denne henvises det igjen for mer informasjon om prøvetaking av mikrobiologiske analyser til NS-ISO 5667-2 der det står at prøvene bør igangsettes innen 24 timer etter prøveuttak.

ISO 9308 har krav til i gangsetting av analyse av E. coli innen 6 timer dersom prøven lagres ved romtemperatur, mens ved lagring av prøve mellom 3-5 °C kan prøven igangsettes innen 24 timer. Eurofins leverer egnet prøveemballasje og kjøleelementer slik at prøvene holdes kjølt inntil prøvene igangsettes for de kontorer vi ikke klarer å overholde de gitte tidsfrister.

Norsk akkreditering aksepterer igangsetting innen 24 timer så lenge det angis på analyserapporten, dette vil vi gjøre.

Eurofins tilbyr i dag analyser av trikiner på avdeling Klepp. Vi jobber med å sette opp analysen på flere avdelinger i løpet av våren 2012. Dette blir gjort i samarbeid med slakteriene.

Metoden vi skal benytte er en agglutinasjonstest, en godkjent metode.

Eurofins har i dag god dialog med mange av slakteriene som ønsker å benytte oss. Vi jobber med logistikk-løsninger til hvert enkelt slakteri slik at vi kan få prøvene raskest mulig til våre laboratorier. For å tilfredsstille slakterienes krav til leveringstid vurderes det nå analysering av trikiner på kveldstid."

- (14) Tildeling av kontrakt ble i samsvar med opplysningene i kunngjøringen foretatt for hvert enkelt distriktskontor. Innklagede innstilte på tildeling av kontrakter til syv leverandører for de ulike distriktskontorene. Beslutningen ble meddelt tilbyderne 19. juni 2012, og klagefrist ble satt til 29. juni 2012. Innen klagefristens utløp mottok innklagede flere klager, og ved behandlingen av disse fremkom det enkelte feil i tildelingsevalueringen. Beslutningen ble annullert, og det ble foretatt en ny tildelingsevaluering. Ny tildelingsbeslutning ble meddelt tilbyderne 3. september 2012, med klagefrist satt til 14. september 2012.
- (15) Fra evalueringsmatrisen vedrørende distriktskontoret Nord-Troms gjengis følgende utdrag vedrørende evalueringen av tildelingskriteriet leveringsdyktighet. Av interesse i saken er poengene gitt til valgte leverandør, og en av klagerne – Toslab AS, og derfor gjengis kun disse:

<i>"Vekt tall</i>		<i>Max score</i>	<i>Euro fins</i>	<i>Tos lab</i>	<i>Intervaller for karakterskala 0-4</i>
<i>Leveringsdyktighet/ Logistikk-score L</i>					
<i>4</i>	<i>Totalleverandør utvalgte analyser</i>	<i>4</i>	<i>4</i>	<i>3</i>	<i>Leverer alle 16 analysene = 4, leverer 14-15 = 3 leverer 12-13 = 2 leverer 10-11 = 1 Leverer <10 = 0</i>
<i>3</i>	<i>Totalleverandør av de øvrige analysene</i>	<i>4</i>	<i>4</i>	<i>1</i>	<i>Av de øvrige 37 analysene leveres: 86-100% = 4 og 71-85% = 3 og</i>

					56-70% = 2 og 41-55% = 1 og 40% eller færre gir 0.
5	Tidsfrist Generelt – tid fra prøvetak til analysestart overholdes	4	4	4	Tid fra prøvetak til analysen starter: 24 t eller mindre = 4. 24 t opp til 28t = 2. Over 28 t = 0.
2	Tidsfrist – 6 timers regel (E-Coli i vann) overholdes	4	0	0	JA = 4, Nei = 0
4	Tidsfrist – 12 timers regel (Kimtall i vann) overholdes	4	0	0	JA = 4, Nei = 0
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
	Total score, Max 100		75	65"	

- (16) Når det gjelder distriktskontoret Tromsø var evalueringsmatrisen lik. Sammenlignet med ovenstående poengtildeling var den eneste forskjellen at Toslab AS oppnådde poengsummen 4 for analysene med 6 og 12 timers tidsfrist. Klager Toslab AS oppnådde her "Total score" 72 mot valgte leverandørs 75.
- (17) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 16. november 2012.
- (18) Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse utsettes i påvente av klagenemndas avgjørelse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av valgte leverandør

- (19) Innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Det vises til at valgte leverandør ikke dokumenterte oppfyllelse av kravet om kredittverdighet på tilbudstidspunktet.
- (20) Innklagede kunne ikke ta hensyn til valgte leverandørs ettersendte kredittvurderinger. For det første har ikke innklagede bedt valgte leverandør om å supplere opplysningene gitt i tilbudet. De ettersendte kredittvurderingene kan heller ikke anses som supplerende opplysninger, da den opprinnelige dokumentasjonen ikke var mangelfull eller uklar. En ny kredittvurdering som erstatter en tidligere kredittvurdering er videre ikke konkretiserende opplysninger, men må regnes som ny dokumentasjon.

- (21) Innklagedes aksept av den nye informasjonen innebærer også at valgte leverandør har fått anledning til å forbedre sitt tilbud, i strid med kravet til likebehandling.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (22) Innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av vesentlige avvik fra krav om tidsfrister for enkelte analysetyper. De angjeldende kravene er krav gitt i henhold til forskrifter, og innklagede har ikke adgang til å lempe på, eller se vekk fra disse.
- (23) Valgte leverandør har i sin besvarelse av kravspesifikasjonen opplyst at kravene til igangsetting av analyser innen gitte tidsfrister kun tilbys for de kontorer der prøvene leveres laboratoriet samme dag som uttak. Dette representerer et vesentlig avvik, og skulle ha medført avvisning.
- (24) Det er for omfattende å gå gjennom alle 54 distriktskontorene for å se hvilke av disse valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige mangler for. Det er imidlertid klart at dette blant annet gjelder for distriktskontorene Nord-Troms og Tromsø.
- (25) Ved tildelingsevalueringen for kontrakter til disse distriktskontorene har videre klageren Toslab AS fått høyeste totalscore, men likevel ikke blitt tildelt kontrakt.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av valgte leverandør

- (26) Det bestrides at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (27) Innklagede hadde rett til å innhente supplerende opplysninger. Når det gjelder tidspunktet for innhenting av de supplerende opplysningene vises det til at dette nødvendigvis først er aktuelt etter tilbudsfristens utløp. Det er uten betydning på hvilken måte innklagede ble kjent med informasjonen om at den første kredittvurderingen led av mangler.
- (28) Den supplerende informasjonen består her i en oppdatert kredittvurdering, da kredittvurderingen som ble innlevert med tilbudet ikke baserte seg på korrekte regnskapstall. Regelverket forhindrer videre ikke at den supplerende informasjonen er av nyere dato enn tilbudsfristen.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (29) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandør som følge av avvik fra kravene til tidskritiske analyser. Det vises til at det i konkurransegrunnlaget punkt 7.3 er tatt et forbehold vedrørende oppfyllelse av kravet til overholdelse av tidsfrister.
- (30) Det var klart allerede før kunngjøring av konkurransen at det for flere distriktskontor var få laboratorier som kunne oppfylle kravene til tidsfrister. Bakgrunnen for å innta forbeholdet var ivaretagelse av hensynet til konkurranse. Uten dette ville en rekke distriktskontor stått uten tilbud, eller kun med ett tilbud.

- (31) Forbeholdet for de tidskritiske analysene betyr at når valgt leverandør ikke kan overholde tidsfristene, vil de aktuelle analysene bli tatt ut av kontrakten, og de enkelte distriktskontorene vil kunne inngå egne avtaler om disse analysene. De tre aktuelle analysene utgjør for øvrig kun en liten del av de analysene innklagede har behov for.
- (32) Kravet til tidsfristene er nedfelt i NS-EN ISO 9308-1. Her er det inntatt et unntak om at det, under spesielle omstendigheter, og når prøven holdes ved 2-8 grader, kan gå opptil 24 timer mellom prøvetaking og analysestart. For de distriktskontorene der ingen av tilbyderne kan overholde de normale fristene, vil innklagede måtte benytte seg av dette unntaket.
- (33) Det bestrides videre at valgte leverandør er tildelt kontrakt for distriktskontoret Nord-Troms, til tross for at klageren Toslab AS har fått best totalscore. Det fremgår av evalueringsmatrisene at valgte leverandør oppnådde den høyeste poengsummen av tilbyderne.

Klagenemndas vurdering:

- (34) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale om kjøp av laboratorietjenester som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 25 med CPV-referanse 85111820. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 7 000 000 pr år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av valgte leverandør

- (35) Klagerne anfører at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. 11-10 (1) bokstav a.
- (36) Innklagede hadde stilt et kvalifikasjonskrav om "*økonomisk og finansiell soliditet*", som skulle dokumenteres ved en kredittvurdering som viste at leverandøren minimum var "*kredittverdig*".
- (37) Det er ikke bestridt at valgte leverandør ikke oppfylte dokumentasjonskravet om å være "*kredittverdig*" ved dokumentasjonen innsendt innen tilbudsfristen. Basert på den ettersendte dokumentasjonen er det uomtvistet at valgte leverandør oppfylte kravet.
- (38) Det følger av forskriften § 12-4 at oppdragsgiver kan be om at "*fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes*".
- (39) Foreliggende sak gjelder en uprioritert tjeneste tildelt etter konkurranse med forhandling i ett trinn. I relasjon til et tilsvarende spørsmål uttalte klagenemnda i sak 2011/131 premiss (79), som også gjaldt konkurranse med forhandling i ett trinn, at:

"Adgangen til å forhandle om endringer og suppleringer ved alle sider av tilbudene, jf. § 11-8 (2), er mer vidtrekkende enn reglene i §§ 12-3 og 12-4. Så fremt det angjeldende kvalifikasjonskrav ikke må forstås på den måten at manglende oppfyllelse ved første tilbudsfrist vil medføre avvisning, taler gode grunner for at tilbyderens kvalifikasjoner kan utdypes og suppleres etter forskriften § 11-8 (2)"

- (40) I konkurranser med forhandling i ett trinn har oppdragsgivere etter dette en vid adgang til å legge vekt på ettersendt dokumentasjon vedrørende krav til leverandøren. Det er ikke grunn til å forstå kvalifikasjonskravet i foreliggende sak, om "*økonomisk og finansiell stabilitet*", på den måten at nye opplysninger ikke kan tas i betraktning. Det er opplyst at alle leverandørene som hadde inngitt mangelfull dokumentasjon, ble gitt anledning til å supplere denne. Det er dermed ikke holdepunkter for at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved kvalifikasjonsvurderingen. Klagernes anførsel fører ikke frem.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (41) Klagerne anfører at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, som følge av at det inneholdt vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen. Klagerne har kun begrunnet anførselen for distriktskontorene Nord-Troms og Tromsø, og klagenemnda har følgelig kun foranledning til å behandle klagernes anførsel når det gjelder disse tilbudsområdene. Klagerne anfører at valgte leverandør ikke kan oppfylle kravet til å behandle tidskritiske analyser innen tidsfristen for disse tilbudsområdene.
- (42) I kravtabellen var det vist til forskriftskrav om maksimaltid for tidsrommet mellom prøve og analysestart for enkelte analyser. Oppfyllelsen av de tidskriske analysene utgjorde således en del av tildelingskriteriet leveransedyktighet. Det var videre opplyst at tidsfristene kunne innebære at enkelte distriktskontorer ville måtte inngå egne avtaler for disse analysetypene.
- (43) Det kan stilles spørsmål ved om denne måten å strukturere kontraktstildelingen på er lovlig, jf. problemstillingen om tildelingskriterier som gjelder leverandørenes evne til å oppfylle kontrakten (EU-domstolen avgjørelse i sak C-532/06 ("*Lianakis*"), med etterfølgende praksis). Om bakgrunnen for at konkurransen ble lagt opp på denne måten har innklagede forklart at det før kunngjøringen var klart at det for flere distriktskontor var få laboratorier som kunne oppfylle alle kravene til tidsfrister. For å oppnå konkurranse om anskaffelsen var det derfor nødvendig å ta forbehold om at tidsfristene kunne innebære at enkelte distriktskontorer ville måtte inngå egne avtaler for disse analysetypene. Etter forholdene fremstår dette som en relevant måte å strukturere konkurransen på, i lys av den konkurransesituasjonen som forelå. Klagerne har uansett ikke anført at konkurransen er lagt opp på en måte som er i strid med regelverket, og nemnda forholder seg til klagenemndsforordningen § 12 om begrensning av saken til partenes anførsler.
- (44) Slik konkurransegrunnlaget var lagt opp kan kravet om å levere de tidskriske analysene ikke anses som et absolutt krav. Manglende oppfyllelse representerer dermed ikke et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen, men ble vurdert ved tildelingsevalueringen. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (45) Klagerne har også vist til at klageren Toslab hadde høyeste poengsum for distriktskontorene Nord-Troms og Tromsø, uten å bli tildelt kontrakt. Det fremgår

imidlertid av evalueringsmatrisene at dette ikke stemmer, jf. premiss (15). Anførselen er uten grunnlag, og fører ikke frem.

Konklusjon:

Mattilsynet har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 4. februar 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl