



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av "CAGE seafloor observatory". Klagenemnda kom til at klagers anførsler om uklart konkurransegrunnlag, og tekniske spesifikasjoner i strid med forskriften § 17-3, ikke kunne føre frem. Klagers påstander om avvisning av valgte leverandørs tilbud, og urettmessig avvisning av klagers tilbud, førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 15. september 2014 i sak 2014/75

Klager: Develogic Subsea Systems GmbH

Innklaget: Universitetet i Tromsø

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Uklart konkurransegrunnlag. Tekniske spesifikasjoner. Avvisning av tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Universitetet i Tromsø (heretter innklagede) kunngjorde 18. mars 2014 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av "*CAGE seafloor observatory*"¹. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.2.2 estimert til mellom 4 og 5 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 28. april 2014.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.2) ("*Type anskaffelse og utførelses- eller leveringssted*") fremgikk det at hovedleveringssted var "*Tromsø, Svalbard*".
- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 8.1 at kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "*Total costs*" (40 %), "*Technical and functional solution*" (40 %), "*Delivery time and Warranty*" (15 %) og "*Options*" (5 %).
- (4) Tildelingskriteriet "*Total costs*" ble angitt på følgende måte:

¹ CAGE: Centre for Arctic Gas Hydrate, Environment and Climate (Senter for arktisk gasshydrat, miljø og klima), se <https://cage.uit.no/nb/om-oss/>.

"AWARD CRITERIA	DOCUMENTATION	WEIGHT %
1. Total costs Total cost will be evaluated based on the following: • Purchase cost • Implementation cost, including transportation to Svalbard Cost of service and maintenance calculated throughout the Contract period	All prices are to be stated in Euro excl. VAT. All items shall be specified and priced separate. The supplier gives his answer in Part 2, appendix 2. <u>All prices shall include all costs and expenses."</u>	40

- (5) I konkurransegrunnlaget vedlegg 1 punkt 3 ("*Table of requirements*") ble det oppstilt noen tekniske spesifikasjoner som de etterspurte måleinstrumentene måtte ("*Priority A*") eller burde ("*Priority B*" og "*Priority C*") oppfylle, og som ville bli vektlagt i tildelingsevalueringen. Til illustrasjon gjengis følgende:

<i>"Requirement no.</i>	<i>Priority</i>	<i>Description</i>	<i>Comment</i>	<i>Award criteria</i>
1		Seabed Platform/Seabed Lander/Mooring Frame x2		
1.1	A	Trawl-proof design		
[...]				
2		CTD x2		
2.1	A	All required cables, connectors and software must be included		
2.2	A	Minimum depth rating 2000 meter		

2.3	A	<i>Temperature range -2 to +15 °C</i>		
2.4	A	<i>Stability temperature 0.0002 °C/month</i>		
2.5	A	<i>Resolution temperature 0.0001 °C</i>		
2.6	B	<i>Conductivity range 0-9 S/m</i>		2
2.7	B	<i>Pressure quartz 0-2000 meters</i>		2
2.8	B	<i>Initial temperature accuracy 0.005 °C</i>		2
[...]				
3		<i>Oxygen sensor x2</i>		
[...]				
3.4	B	<i>Measuring range 0-450 µmol/l</i>		2
3.5	B	<i>Resolution 0.2 µmol/kg</i>		2
3.6	B	<i>Initial accuracy ±3 µmol/kg</i>		2"

- (6) Innenfor tilbudsfristen kom det inn tre tilbud, herunder fra Develogic Subsea Systems GmbH (heretter klager) og Kongsberg Maritime ASA (heretter valgte leverandør).
- (7) Med henvisning til forskriften § 20-13 (1) bokstav f ble klagers tilbud avvist fordi det ikke inneholdt "*all costs and expenses*". Ifølge innklagede var det dermed umulig å sammenligne klagers pris med de øvrige tilbudene i konkurransen, jf. brev fra innklagede datert 27. mai 2014.
- (8) Innklagede informerte tilbyderne om valg av leverandør i brev datert 17. juni 2014.
- (9) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 3. juli 2014.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. september 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Uklart konkurransegrunnlag

- (11) I konkurransegrunnlaget er både Tromsø og Svalbard angitt som hovedleveringssted. For øvrig gir konkurransegrunnlaget ingen ytterligere opplysninger om leveringssted. Dette innebærer at tilbyderne ikke har et forsvarlig grunnlag for å levere inn tilbud på tildelingskriteriet "*Total costs*", herunder "*Implementation cost, including transportation to Svalbard*". Innklagede har dermed brutt det grunnleggende kravet til forutberegnelighet. Denne feilen kan ikke rettes på annen måte enn at konkurransen avlyses og lyses ut på nytt med et tilstrekkelig klart konkurransegrunnlag.

Tekniske spesifikasjoner – ulovlig henvisning til bestemte produkter

- (12) I de tekniske spesifikasjonene til de etterspurte måleinstrumentene, har innklagede brukt tekst som stammer direkte fra produktdatabladene til ulike selskaper, herunder Sea-Bird Electronics, Inc. og Contros Systems & Solutions GmbH. Konkurransegrunnlaget etterspør dermed indirekte produkter av en bestemt type. Dette er i strid med forskriften § 17-3 (2) og (10).
- (13) For øvrig inneholder de tekniske spesifikasjonene flere krav som er unødvendige eller ulogiske i forhold til kontraktens gjenstand, og som dermed underbygger at innklagede har brutt forskriften § 17-3. Et eksempel er de tekniske spesifikasjonene til måleinstrumentet CTD, hvor innklagede krever et pumpesystem. Pumping av vann gjennom CTD-sensoren forårsaker turbulens, noe som fører til en energispredning og dermed til temperaturøkning i pumpevannet. Dette selv om pumpen er nedstrøms i forhold til sensoren. Hvis vann pumpes gjennom en tre meter lang slange på ti millimeter i diameter med en forventet flow rate på ca. 0,1 liter per sekund, vil det altså oppstå en estimert temperaturøkning i vannet på mer enn 0,001K før sensoren er nådd. En logisk minimumsgrense for krav til oppløsning på sensoren vil derfor være 0,001 °C og ikke 0,0001 °C, som innklagede krever. Det gir ingen mening å oppstille et krav til oppløsning på sensoren som er strengere enn usikkerheten av den fysiske verdien som skal måles.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist

- (14) Valgte leverandørs tilbud er ikke utformet i samsvar med konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget fremgår det at leverandørene skal oppgi "*Purchase cost*", "*Implementation cost ...*" og "*Cost of service and maintenance ...*". Dette må forstås slik at de tre ulike prispостene skal angis hver for seg. Når valgte leverandørs tilbud bare angir "*total net sales price*", er det dermed uklart hvordan tilbudet skal sammenlignes med de øvrige tilbudene, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Tilbudet skulle derfor ha vært avvist, og konkurransen skulle vært avlyst fordi det ikke gjenstår noen tilbud.

Klagers tilbud skulle ikke vært avvist

- (15) Forskjellen mellom klagers- og valgte leverandørs pristilbud er så stor at det ikke kan sies å foreligge rangeringstvil. Det var derfor feil av innklagede å avvise klagers tilbud på grunn av relativ bedømmelsestvil, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f.

Innklagedes anførsler:

Uklart konkurransegrunnlag

- (16) I konkurransegrunnlaget er det spurt om pris på frakt til Svalbard og ikke Tromsø, jf. formuleringen "*[i]mplementation cost, including transportation to Svalbard*". At både Tromsø og Svalbard er angitt som hovedleveringssted, medfører ikke at det er uklart hvordan leverandørene skal prise sine tilbud, herunder fraktkostnader. Tilbyderne har dermed hatt et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud, og kravet til forutberegnelighet er overholdt.

Tekniske spesifikasjoner – ulovlig henvisning til bestemte produkter

- (17) De tekniske spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget er basert på innklagedes behov for utstyr med bestemte funksjoner og ytelser, og en slik henvisning er ikke i strid med forskriften § 17-3 (10). Både klager og valgte leverandør har levert tilbud i henhold til de tekniske spesifikasjonene som fremgår av konkurransegrunnlaget. Det er ingen holdepunkter for at spesifikasjonene har medført noen unødvendige hindringer for konkurransen, jf. forskriften § 17-3 (2).

Valgte leverandørs tilbud skulle ikke vært avvist

- (18) I vedlegg 5 til valgte leverandørs tilbud er det gitt en pris for service. Det fremgår her at "*customs, shipment and any other taxes and duties are included*". Dette må forstås slik at disse kostnadene er innkalkulert i valgte leverandørs "*total net sales price*". Det er derfor ikke riktig at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi det ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbudene i konkurransen, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f.

Klagers tilbud er rettmessig avvist

- (19) Klager har uttrykkelig angitt at pristilbudet ikke inkluderer "*taxes, custom duties or other fees and carriers chargers if not explicitly itemized*". Dette gjør det umulig å beregne klagers "*Total costs*", jf. konkurransegrunnlaget punkt 8.1. Det er således ikke mulig å si hva som er den egentlige prisdifferansen mellom klagers- og valgte leverandørs tilbud, og hvor mange poeng klager skal ha under tildelingskriteriet "*Total costs*". Innklagede har dermed rettmessig avvist klagers tilbud etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av "*CAGE seafloor observatory*" som er en vareanskaffelse med CPV-nummer 38300000 ("*Måleinstrumenter*"). Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.2.2 estimert til mellom 4 og 5 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Uklart konkurransegrunnlag

- (21) Klager har for det første anført at innklagede har brutt regelverket ved at konkurransegrunnlaget ikke gir tilbyderne et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud. Anførselen knytter seg til kunngjøringen punkt II.1.2), hvor "*Tromsø, Svalbard*" er angitt som hovedleverings- eller hovedutførelsessted. Dette, sammenholdt med at

konkurransegrunnlaget ikke inneholder noen utfyllende opplysninger om leveringstid- og sted, innebærer ifølge klager at det ikke er mulig å beregne en pris på transportkostnadene ved leveransen.

- (22) Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at oppdragsgiver skal gi tilstrekkelig med opplysninger til at leverandørene har et forsvarlig grunnlag for å levere inn tilbud, jf. for eksempel klagenemndas sak 2012/213 premiss (26) med videre henvisninger.
- (23) I konkurransegrunnlaget punkt 8.1 er det bedt om pris for "*Implementation cost, including transportation to Svalbard*" (uthevet her). I konkurransegrunnlaget vedlegg 1 punkt 3 ("*Table of requirements*") har innklagede videre oppgitt at man trenger "*container for transportation to Svalbard*" (krav nr. 1.6). I kunngjøringen punkt II.1.5) står det også at "*Centre for Arctic Gas Hydrate, Environment and Climate (CAGE) ønsker å inngå kontrakt med en leverandør for anskaffelse av instrumenter til bruk på Svalbard*" (uthevet her).
- (24) Etter klagenemndas syn fremgår det på denne bakgrunn tilstrekkelig klart at de etterspurte måleinstrumentene skal leveres på Svalbard, og ikke i Tromsø.
- (25) Klager har videre påpekt at transportkostnadene vil kunne variere ut fra hvor på Svalbard det er snakk om å levere måleinstrumentene.
- (26) Verken klager eller de to øvrige tilbyderne stilte imidlertid spørsmål før tilbudsfristens utløp om hvor på Svalbard utstyret skulle leveres. Innvendinger mot konkurransedokumentenes angivelse av leveringssted ble fremsatt først etter avvisningen av klagers tilbud, jf. brevet fra klager datert 27. mai 2014. Med denne bakgrunnen finner nemnda det ikke sannsynliggjort at mer detaljerte opplysninger om leveringssted på Svalbard var påkrevet for å kunne inngi et forsvarlig tilbud. Klagers anførsel om uklarheter i konkurransegrunnlaget fører ikke frem.

Tekniske spesifikasjoner – ulovlig henvisning til bestemte produkter

- (27) Klager har videre anført at innklagedes tekniske spesifikasjoner er i strid med forskriften § 17-3. Dette fordi de tekniske spesifikasjonene inneholder tekst som er hentet fra produktdatabladene til ulike selskaper, herunder Sea-Bird Electronics, Inc. og Contros Systems & Solutions GmbH. Klager har i denne sammenheng vist til både § 17-3 (2) og (10).
- (28) Innklagede har ikke bestridt at de tekniske spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget vedlegg 1 punkt 3 inneholder tekst som stammer fra produktdatabladene til selskaper som Sea-Bird Electronics, Inc. og Contros Systems & Solutions GmbH. Slike henvisninger, hevder innklagede, må imidlertid være lovlige, når de som i det foreliggende tilfellet gjenspeiler egenskaper som de aktuelle måleinstrumentene bør eller må inneha.
- (29) De tekniske spesifikasjonene knytter seg til måleinstrumentene som innklagede har etterspurt (CTD², oksygensensor, hydrokarbon- og metansensor mv.). Teksten som klager har vist til, og som innklagede ikke har bestridt at stammer fra produktdatabladene til ulike selskaper, gir uttrykk for ulike krav til disse måleinstrumentene. Kravene er angitt

² CTD = instrument som måler konduktivitet [Conductivity], temperatur [Temperature] og dybde [Depth] i havet.

ved bruk av ulike måleenheter. Når det gjelder hydrokarbon- og metansensoren, er det eksempelvis angitt at denne skal ha "[m]inimum depth rating 2000 meter".

- (30) Å vise til slike alminnelig kjente måleenheter, innebærer ikke en ulovlig henvisning til et bestemt merke eller lignende, jf. forskriften § 17-3 (10). Så vidt klagenemnda kan se gjelder dette også bruken av begrepet "*Quartz*", som – etter hva nemnda forstår – er en vanlig variabel innen måling av trykk. Spørsmålet er om noen av de nevnte henvisningene rammes av den generelle bestemmelsen i § 17-3 (2), hvor det fremgår at tekniske spesifikasjoner "*skal gi leverandørene like muligheter og må ikke medføre unødvendige hindringer for konkurranse*".
- (31) Til støtte for at de tekniske spesifikasjonene innebærer unødvendige hindringer for konkurransen, har klager vist til et eksempel vedrørende kravspesifikasjonen punkt 2.5 og 2.8, som gjelder temperaturmålinger. Eksempelet godtgjør ifølge klager at innklagede har stilt krav til måleinstrumentene som ikke er logiske eller nødvendige for å dekke innklagedes reelle behov. Innklagede har bestridt dette.
- (32) Etter klagenemndas syn sannsynliggjør ikke klagers eksempel at innklagede har brutt bestemmelsen i § 17-3 (2). Klager har ikke påvist, verken gjennom det nevnte eksempelet eller andre opplysninger i saken, hvordan de nevnte henvisningene har påvirket klagers mulighet for å delta eller vinne frem i konkurransen. Hvorvidt de konkrete henvisningene har konkurransebegrensende konsekvenser (for eksempel fordi man enkelt kunne åpnet for større konkurranse ved å bruke andre måleenheter) har nemnda ikke forutsetninger for å ta stilling til på generelt grunnlag, sml. klagenemndas sak 2012/143 premiss (31). Klagers anførsel fører ikke frem.

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist

- (33) Klager har også anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Tilbudet skulle vært avvist, hevder klager, fordi det er uklart hvordan tilbudet skal sammenlignes med de øvrige tilbudene, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Dette som en konsekvens av at tilbudet ikke er utformet i samsvar med konkurransegrunnlaget når det gjelder prispостene "*Purchase cost*", "*Implementation cost ...*" og "*Cost of service and maintenance ...*".
- (34) Valgte leverandørs priser er oppgitt i vedlegg 5 til tilbudet ("*Price and payment terms*"). Av dette vedlegget går det klart frem at "*customs, shipment and any other taxes and duties are included*". Klagenemnda er enig med innklagede i at dette må forstås slik at både "*Purchase cost*", "*Implementation cost ...*" og "*Cost of service and maintenance ...*" er inkludert i valgte leverandørs oppgitte "*Total net sales price*". At valgte leverandør ikke har delt inn sitt pristilbud i de samme prispостene som konkurransegrunnlaget punkt 8.1, kan dermed ikke være avgjørende. Klagers anførsel fører ikke frem.

Hvorvidt avvissningen av klagers tilbud var rettmessig

- (35) Klagers siste anførsel er at det var feil av innklagede å avvise klagers tilbud på grunn av relativ bedømmelsestil, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Dette fordi prisforskjellen mellom klagers pristilbud (EUR 519 317) og valgte leverandørs pristilbud (EUR 606 464), er så stor at det ikke kan sies å foreligge noen rangeringstil.

- (36) Etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f skal et tilbud avvises dersom det på grunn av *"avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.
- (37) Klagenemnda har i tidligere praksis uttalt at det skal være en lav terskel for når en mangel ved et tilbud *"kan medføre tvil"* om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. blant annet 2009/281 i premiss (22). Vilåret om bedømmelsestvil *"i forhold til de øvrige tilbudene"*, innebærer at det kun foreligger avvinningsplikt i de tilfellene der tvilen *"kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene"*, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/377 premiss (41) med videre henvisninger.
- (38) Klagers tilbud ble i det foreliggende tilfellet avvist fordi det ikke inneholdt *"all costs and expenses"*, slik konkurransegrunnlaget punkt 8.1 foreskrev, jf. brevet fra innklagede datert 27. mai 2014. Innklagede har her vist til at klager i vedlegg 7 av tilbudet oppga at *"All prices are quoted in Euro and do not include taxes, customs duties or other fees and carriers chargers if not explicitly itemized"*.
- (39) På grunn av dette avviket, har innklagede forklart, var det umulig å fastslå hvor mange poeng klager skulle ha på tildelingskriteriet *"Total costs"*. Denne usikkerheten gjør at det foreligger tvil om hvordan klagers tilbud skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene i konkurransen. Klagenemnda er enig i dette.
- (40) Det var således riktig av innklagede å avvise klagers tilbud på grunn av relativ bedømmelsestvil, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Universitetet i Tromsø har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl