



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, feil i/uklart konkurransegrunnlag, tildelingsevaluering

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av husvannmålere. Klager anførte at valgte leverandør skulle vært avvist fordi enkelte kvalifikasjonskrav knyttet til underleverandøren ikke var oppfylt. Klagenemnda kom til at konkurransegrunnlaget måtte forstås slik at det kun var stilt krav til underleverandørens kvalifikasjoner for de tilfeller leverandøren støttet seg på et annet foretaks kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene på egenhånd og klagers anførsel om avvisning førte derfor ikke frem. Klager anførte videre at innklagede ikke hadde evaluert tilbudene i tråd med konkurransegrunnlaget og at konkurransen var gjennomført i strid med anskaffelsesregelverkets intensjon og formål. Disse anførselene førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. juli 2017 i sak 2016/162

Klager: Axflow AS

Innklaget: Oppegård kommune

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Arve Rosvold Alver og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Oppegård kommune (heretter innklagede) kunngjorde 8. februar 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av husvannmålere. Anskaffelsens verdi var estimert til kroner 31 450 000. Tilbudsfristen var 18. mars 2016. Det fulgte av kunngjøringen punkt 1.4 at oppdragsgiver anskaffet på vegne av Frogn, Nesodden, Ås og Vestby kommuner.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.2.1 "Anskaffelsens formål" fremgikk det at det skulle inngås "en avtale på kjøp av husvannmålere som skal benyttes i de fem nevnte kommunene. [...] Formålet med anskaffelsen er at kommunene skal skifte ut et stort antall av sine vannmålere, og dermed oppgradere til elektroniske vannmålere."
- (3) Antatt volum på avtalen var angitt til ca. 14 000 vannmålere, i tillegg til en opsjon på 6 000 vannmålere, i konkurransegrunnlaget punkt 1.2.2. Det var her presisert at anskaffelsen kun gjaldt kjøp av husvannmålere, og ikke montering.
- (4) Konkurransegrunnlagets punkt 7.1 "Om kvalifikasjonskravene" siteres i det følgende:

"Leverandøren må oppfylle kravene opplistet under for å kunne være kvalifisert for deltakelse i konkurransen. Det er kun kvalifiserte leverandører som vil få sine tilbud evaluert.

Leverandørene er ansvarlig for å levere all dokumentasjon som etterspørres nedenfor som dokumentasjon for de krav som er stilt. Manglende dokumentasjon eller mangelfulle opplysninger kan føre til at tilbudet blir avvist, jf. FOA § 20-12.

Leverandøren kan velge å støtte seg på andre foretaks kapasitet for gjennomføringen av oppdraget. I så fall skal følgende krav også oppfylles for underleverandørene:

Pkt. 7.2 Obligatoriske krav

Pkt. 7.3 Krav til organisatorisk og juridisk stilling

Pkt. 7.4 Krav til økonomisk og finansiell stilling dersom mer enn 50 % av kontraktsytelsen skal forestås av én underleverandør.

Pkt. 7.5 Krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner

Det skal dokumenteres at han har rådighet over de nødvendige ressursene fra disse i kontraksperioden ved utfyllelse av en forpliktelseserklæring per underleverandør vedlegg 5. Alle underleverandører skal ha avtale med hovedleverandør. Det aksepteres ikke at underleverandør av underleverandør brukes til oppfyllelse av kontrakten."

- (5) I punkt 7.2 "Obligatoriske krav" var det angitt som krav: "Leverandøren skal ha ordnede forhold med hensyn til betaling av skatt, arbeidsgiveravgift og merverdiavgift." Kravet til dokumentasjon var "[a]ttest for skatt og merverdiavgift ikke eldre enn 6 måneder regnet fra tilbudsfrist", samt egne dokumentasjonskrav for utenlandske leverandører.
- (6) Kravet under punkt 7.3 var at "[l]everandøren skal være et lovlig etablert foretak". Dokumentasjonskravet var firmaattest for norske leverandører, samt et eget krav for utenlandske leverandører.
- (7) I punkt 7.4 ble det stilt krav om at leverandøren "har kredittrating tilsvarende C1 (moderat til høy risiko) eller bedre fra Proff Forvalt (Eniro Norge)." Under "dokumentasjonskrav" sto det at oppdragsgiver selv ville bruke Proff Forvalt til å vurdere oppfyllelse av kravet. Det var stilt opp egne dokumentasjonskrav for utenlandske virksomheter.
- (8) I punkt 7.5 ble det stilt følgende krav: "Leverandøren skal ha tilstrekkelig gjennomføringsevne" og "[l]everandøren skal ha god erfaring fra lignende leveranser." Dokumentasjonskravene var henholdsvis at det skulle "gis en beskrivelse av hvordan leverandøren er organisert for gjennomføringen av denne kontrakten" og det skulle gis "[o]versikt over de viktigste relevante leveranser de tre siste år, inkludert verdi, tidspunkt og mottaker."
- (9) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 8.1. Pris var her vektet 60 prosent, med underkriteriene "[p]ris på varer" (80 prosent vekt) og "[p]ris på avlesingsutstyr, opplæring etc." (20 prosent vekt). Videre var "[s]tørrelse på vannmåleren" vektet 20 prosent, og "[n]øyaktighet på vannmåler" 20 prosent. Under sistnevnte tildelingskriterium var følgende presisert: "Det er ønskelig at vannmåleren overstiger kravet til målernøyaktighet og oppstart. Manglende dokumentasjon vil medføre dårligere uttelling på tildelingskriteriet." Som dokumentasjonskrav var følgende oppgitt: "Her skal det oppgis avvik innenfor +/- % i strømningsområdet Q_{min} og Q_{max} ."

- (10) Som vedlegg B til konkurransegrunnlaget var en mal for forpliktelseserklæring. Av denne fremgikk det i de første tre linjene:

"Vedlegg B

Forpliktelseserklæring

Forskrift om offentlige anskaffelser §§ 17-8(2)/17-9(2)"

- (11) Deretter fulgte skjemaet som skulle fylles ut.
- (12) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud fra henholdsvis Axflow AS (heretter klager) og Kamstrup AS (heretter valgte leverandør).
- (13) Valgte leverandørs tilbud inneholdt en forpliktelseserklæring der det fremgikk at selskapet Impel AB skulle utføre 11,3 prosent av kontrakten. Følgende fulgte av erklæringen:

"Det bekreftes med dette at Impel A/B inngår som underleverandør av tjenester knyttet til tekniske og funksjonelle løsninger ifm Kamstrup A/S sin søknad om deltakelse i konkurransen Kjøp av husvannmålere ESA-16/1688.

Det bekreftes at Impel A/B forplikter seg til å stille nødvendige ressurser til disposisjon for Kamstrup A/S i det omfang det er nødvendig for å oppfylle Kamstrup A/S sine kontraktsforpliktelser ved tildeling av kontrakt."

- (14) Valgte leverandør hadde for øvrig ikke inngitt noen dokumentasjon som Impel ABs oppfyllelse av kvalifikasjonskravene som var listet opp i punkt 7.1.
- (15) Under *"Tekniske beskrivelse"*, punkt 2.5 *"Nøyaktighet"*, hadde valgte leverandør angitt at *"MPE"* (*"maksimalt acceptabelt feilområde"*) ved 0,1 til 30 grader celsius var *" $\pm 5\%$ i området $Q \leq Q < Q2$, $\pm 2\%$ i området $Q2 \leq Q \leq Q4$ ". Ved 30 til 70 grader celsius var MPE $\pm 5\%$ i området $Q \leq Q < Q2$, $\pm 3\%$ i området $Q2 \leq Q \leq Q4$ ".*
- (16) Klager hadde i sitt tilbud i bilag 2, svar på oppdragsgivers krav nr. 2, oppgitt at den tilbudte husvannmåleren har Ratio 800. Dette fremgikk også i klagers produktbeskrivelse under overskriften *"Nøyaktighet for vannmålere etter MID standard"*. Vider hadde klager under overskriften *"2.1 Rated Operating Conditions"* oppgitt følgende *"Max. Permissible error"*: *" $\pm 2\%$ ($Q2 \leq Q \leq Q4$) for water temperature $\leq 30^{\circ}\text{C}$ " og $\pm 3\%$ ($Q2 \leq Q \leq Q4$) for water temperature $> 30^{\circ}\text{C}$."*
- (17) I tildelingsbrevet av 15. juni 2016 opplyste innklagede at kontrakt var tildelt valgte leverandør. Valgte leverandør fikk til sammen 9,85 poeng. Under priskriteriet ble valgte leverandør tildelt 5,88 poeng, for størrelse på vannmåler 2 poeng, og for nøyaktighet 1,97 poeng.
- (18) Om klagers tilbud fremgikk det:

"Leverandøren har en noe lavere pris, og får derved høyeste score på dette tildelingskriteriet, det vil si 6 poeng.

Når det gjelder størrelse på vannmåleren er denne noe større enn konkurrentens vannmåler, og vektet poengsum blir derved 1,42.

På tildelingskriteriet nøyaktighet får leverandøren høyeste score, dvs. vektet poengsum 2.

Til sammen tildeles leverandøren Axflow AS 9,42 poeng i konkurransen."

- (19) Kontrakt med valgte leverandør er inngått.
- (20) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 31. oktober 2016.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. juni 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Avvisning av leverandør

- (22) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Valgte leverandør har oppgitt i sitt tilbud at en underleverandør skal utføre 11,3 prosent av kontrakten. Det følger av konkurransegrunnlaget punkt 7.1 at dersom leverandøren støtter seg på andre foretaks kapasitet for gjennomføring av oppdraget, skal en rekke av kvalifikasjonskravene oppfylles. Grunnen til dette kravet må være at innklagede ikke har ønsket å påta seg noen risiko for underleverandørens kvalifikasjoner. Valgte leverandør har imidlertid ikke dokumentert noen av de opplistede kvalifikasjonskravene. Det er kun vedlagt en forpliktelseserklæring som valgte leverandør selv har signert. I denne forbindelse har det ikke betydning at leverandøren eventuelt kan unnlate å støtte seg på underleverandør, og dette fremgår heller ikke av tilbudet.

Feil i konkurransegrunnlag/evaluering

- (23) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å evaluere tilbudene på den måten konkurransegrunnlaget ga anvisning på. I konkurransegrunnlagets tildelingskriterier fremgikk det at det var ønskelig at vannmåleren oversteg kravet til målernøyaktighet og oppstart. Dette må forstås som en klar og uttrykt intensjon om å ha en mest mulig nøyaktig vannmåler. Innklagede har imidlertid ikke benyttet en metode for måling av nøyaktighet som viser den faktiske forskjellen i nøyaktighet mellom de tilbudte vannmålerne. Nøyaktigheten må måles i Ratio, og klagers vannmåler er i realiteten langt mer nøyaktig etter en slik metode for beregning av nøyaktighet.
- (24) Innklagedes feil i evalueringen har innvirket på utfallet av konkurransen ettersom klager ville ha fått langt høyere poengsum i forhold til valgte leverandør dersom evalueringen ble gjennomført på korrekt måte.
- (25) Innklagede har videre brutt bestemmelsene loven § 5 og forskriften § 22-2 (1) ved ikke å sørge for at kontrakt tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det kan ikke være innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn å favorisere den minst nøyaktige måleren under tildelingskriteriet som gikk på nøyaktighet. Dersom innklagede velger

vannmåleren som er mindre nøyaktig, vil det kunne utgjøre kroner 1 050 000 årlig i tapte inntekter i form av lekkasjer som ikke oppdages.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Avvisning av leverandør

- (26) Det bestrides at innklagede har brutt forskriften §22-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør. Kravene i konkurransegrunnlaget knyttet til bruk av underleverandører fremkommer i kapittel 7 om kvalifikasjonskrav og må forstås i lys av dette. Ut fra sammenhengen fremgår det at det ikke kreves at det foreligger en forpliktelseserklæring fra samtlige underleverandører, men at dette kreves dersom leverandøren støtter seg på underleverandører for å oppfylle kvalifikasjonskravene.

Feil i konkurransegrunnlag/evaluering

- (27) Spørsmål knyttet til evalueringen av tildelingskriteriet nøyaktighet reiser en rekke tekniske vurderinger, og den skriftlige saksbehandlingen i klagenemnda er ikke egnet til å belyse de tekniske sidene av anskaffelsen. Denne delen av klagen må derfor avvises i henhold til klagenemnds forskriften § 9 som uhensiktsmessig for behandling.
- (28) Det bestrides under enhver omstendighet at beregningsmetoden som er benyttet for å måle nøyaktighet er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Ved valg av beregningsmetode har innklagede et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som kun kan overprøves dersom det er grovt urimelig, uforsvarlig eller vilkårlig. Beregningsmetoden som er benyttet ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønnen. Metoden ble dessuten oppgitt i konkurransegrunnlaget og evalueringen har dermed vært forutberegnelig.
- (29) Det bestrides også at innklagedes beregning av nøyaktighet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Beregningsmetoden skiller mellom gode og mindre gode husvannmålere. Det er ikke riktig at Ratio kan brukes for å sammenligne vannmåleres nøyaktighet. Det vises i denne forbindelse til Justervesenets vedlegg til kalibreringsbevis. Ratio måler ikke en vannmåler nøyaktighet, men målerens dynamiske måleområde. Ratio er dessuten et uttrykk for målerens godkjente måleområde, ikke målerens faktiske måleområde. En vannmålars nøyaktighet er det vi kaller målerens maksimale tillatte målefeil eller avvik. Det var dette som det ble konkurrert på.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av husvannmålere som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 31 450 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (31) Av forskriften § 20-12 (1) bokstav a følger det at oppdragsgiver skal avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen"*.
- (32) Innklagede har opplyst at valgte leverandør oppfyller samtlige kvalifikasjonskrav på egen hånd, og dette er ikke bestridt av klager. Det er også på det rene at valgte leverandør har opplyst at det vil bli benyttet en underleverandør for en andel på 11,3 % av kontrakten.

- (33) Det er inntatt følgende formulering i konkurransegrunnlaget: *"Leverandøren kan velge å støtte seg på andre foretaks kapasitet for gjennomføringen av oppdraget. I så fall skal følgende krav også oppfylles for underleverandørene: [...]"* Det ble vist til kvalifikasjonskravene i punkt 7.2 til 7.5, som altså skulle gjelde også for eventuelle underleverandører, med unntak for kravet til økonomisk og finansiell stilling, som bare gjaldt dersom underleverandøren skulle *"forestå"* mer enn 50 prosent av kontraktsytelsen.
- (34) Ordlyden i konkurransegrunnlagets kapittel 7 kan både forstås slik at det gjelder et selvstendig krav om at kvalifikasjonskravene skal være oppfylt av eventuelle underleverandører uavhengig av om tilbyderer selv oppfyller kvalifikasjonskravene, og det kan alternativt forstås slik det kun reflekterer forskriftens regulering om at det må fremlegges dokumentasjon vedrørende andre rettssubjekter dersom tilbyderer ikke alene oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. for eksempel § 17-9 (2).
- (35) Klager har opplyst til nemnda at deres virksomhet baserer seg på leveranser fra en rekke produsenter. Det er samtidig klart at heller ikke klager har vedlagt noen kvalifikasjonsdokumentasjon fra andre selskapet enn sitt eget. Dette viser at det er uklart hvilke underleverandører et eventuelt krav om å oppfylle kvalifikasjonskravene skulle relatere seg til. Nemnda er etter dette kommet til at den naturlige forståelsen av konkurransegrunnlaget er at det kun stilles krav om kvalifikasjonsdokumentasjon fra underleverandører dersom tilbyder ikke alene oppfyller de materielle kvalifikasjonskravene. Klagers anførsel om avvisning av valgte leverandør kan derfor ikke føre frem.

Feil i konkurransegrunnlag/evaluering

- (36) Klager anfører at innklagede har gjort feil i evalueringen ettersom innklagede har vurdert nøyaktigheten på målerne ut fra oppgitt prosentavvik, og ikke Ratio. Dette er ifølge klager i strid med konkurransegrunnlaget. Ifølge klager skiller ikke de prosentavvikene som partene har oppgitt målerne fra hverandre.
- (37) Ratio er en måleenhet for vannmålerens dynamiske måleområde. Vannmålere med høy ratio har ifølge klager et større måleområde. Det aktuelle tildelingskriteriet var *"[n]øyaktighet på vannmåler"*, med presiseringen: *"Det er ønskelig at vannmåleren overstiger kravet til målernøyaktighet og oppstart. Manglende dokumentasjon vil medføre dårligere uttelling på tildelingskriteriet."* Som dokumentasjonskrav var følgende oppgitt: *"Her skal det oppgis avvik innenfor +/- % i strømningsområdet Q_{min} og Q_{max} ."*
- (38) Det var følgelig ikke tvilsomt hvilken måleenhet innklagede ville benytte i vurderingen av de tilbudte vannmålerens nøyaktighet. Både valgte leverandør og klager oppga de etterspurte prosentavvikene, og innklagede vurderte tilbudene og ga poeng deretter. Innklagedes vurdering var dermed fullt ut forutberegnelig og evalueringen er ikke i strid med konkurransegrunnlaget.
- (39) Klager anfører imidlertid også at konkurransen er gjennomført i strid med anskaffelsesregelverkets intensjon og formål, ettersom Ratio ikke er hensyntatt ved evalueringen. Klager har i denne forbindelse oppgitt beregninger av kostnaden ved mulige lekkasjer som ikke oppdages dersom innklagede velger en vannmåler med lavere Ratio enn klagers vannmåler. Klager fremholder videre at prosentavvikene som innklagede har etterspurte bare angir den nøyaktighet som måleren skal ha ved de angitte målegrensene, og dermed sier ikke disse tallene noe om hvor god måleren er til å registrere vannmengden i øvre og nedre del av måleområdet.

- (40) Klagers anførsel bygger på premisset at det kan utledes en plikt for innklagede til å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ut fra den ovenfor siterte formålsbestemmelsen. I juridisk teori er formålet med loven først og fremst trukket frem som en faktor som vektlegges i tolkingen av loven for øvrig, jf. eksempelvis Nils Nygård, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utg. 2004, s. 73-74. Det fremgår dessuten klart av forarbeidene at formålsbestemmelsen ikke *"isolert sett [er] egnet til å utlede plikter og rettigheter"*. Anskaffelsesregelverkets formål og intensjon er dermed kun relevant ved tolkingen av lovens øvrige bestemmelser.
- (41) Når det gjelder hvilke tildelingskriterier som skal benyttes, har oppdragsgiver et vidt skjønn, jf. klagenemndas sak 2015/125 premiss (32) og sak 2012/63 premiss (26). Det er imidlertid et krav om at tildelingen *"skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen"*, jf. forskriften § 22-2 (1). Dette innebærer at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand og at de må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. blant annet 22-2 (2) og klagenemndas sak 2009/116 i premiss (43). Terskelen er høy for å underkjenne et tildelingskriterium på grunnlag av at en alternativ foreslått måte å evaluere tilbudene på hevdes å være bedre, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelser i sakene 2009/116 premiss (45), 2013/140 premiss (29) flg. og 2016/71 premiss (34).
- (42) Innklagede har gitt en utfyllende begrunnelse for hvorfor vannmålerens nøyaktighet ble evaluert ut fra prosentmessig avvik, og klagers anførsler gir ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har brutt regelverket ved å vurdere *"[n]øyaktighet på vannmåler"* på denne måten. Klagers anførsler fører ikke frem.

Konklusjon:

Oppegård kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

Dokumentet er godkjent elektronisk