



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Advokatfirmaet Nicolaisen & Co ANS
Hvamstubben 17
2013 SKJETTEN
Norge
Tine Granlund

Deres ref.: Advokat Tine Vår ref.: 2017/0023-17
Granlund

Dato: 21.11.2017

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Klagenemndas sekretariat besluttet 10. november 2017 å avvise klage fra Olsense Technology AS (klager) over en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av parallell rammeavtale for kjøp av friksjonsmålere, arrangert av Statens vegvesen Vegdirektoratet (innklagede). Grunnlaget for avvisningen var at sekretariatet fant klagen uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9, fordi den klart ikke kan føre frem.

Klageren har i rett tid påklaget avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som er klageinstans i dette tilfellet, jf. den samme forskriftsbestemmelsen.

Klager har i korthet anført:

Sekretariatet har ikke vurdert klagers anførsel om endret konkurransegrunnlag riktig. Fremlagte beviser synes overhodet ikke vurdert.

Det foreligger brudd på bestemmelsen om rådgiverhabilitet i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 3-8. Valgte leverandørs rolle som rådgiver har i realiteten utelukket konkurranse. Uansett hva som er dokumentert foreligger en sterk presumsjon for konkurransevridding. Og siden det bare var to tilbydere i konkurransen, er det grunnlag for å hevde at det foreligger brudd på bestemmelsen om likebehandling, forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 § 5.

Valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fordi det ikke tilfredsstiller konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon. Den tilbudte tilhenger kunne ikke registreres etter kjøretøyforskriften. Klager har fått pålegg om registreringsplikt for sine tilhengere, slik at det også foreligger forskjellsbehandling.

For samtlige anførsler gjelder uansett at det ikke kan være «klart» at de ikke fører frem, og klagen skulle følgelig ikke ha vært avvist.

Bemerkninger fra klagenemndas leder:

Nemndas leder, Rieber-Mohn, har gått gjennom sakens dokumenter, herunder den opprinnelige klagen, tilsvare og etterfølgende kommentarer, avvisningsvedtaket og klagen over dette.

Innledningsvis bemerker leder at klagen over avvisningsvedtaket er mindre omfattende enn den opprinnelige klagen. Enkelte anførsler er ikke videreført, således ikke hovedanførselen om innklagedes uriktige vurdering av tildelingskriteriene og dokumentasjonskravene i den forbindelse.

Når det gjelder anførselen om at konkurransegrunnlaget er endret, er leder enig med sekretariatet i at det i den fremlagte dokumentasjon ikke foreligger noen holdepunkter for at dette er tilfellet. Anførselen kan klart ikke føre frem.

Anførselen om brudd på forskriften § 3-8 er begrunnet med påstander om at valgte leverandør, som eksisterende leverandør av innklagedes serverløsning og webvisnings-portal, i sine råd til klager om hvordan friksjonsmålerdata kan gjøres kompatible med serverløsning og portal, har gitt feil informasjon, ikke besvart klagers henvendelser og først gitt den nødvendige informasjon etter tilbudsfristens utløp. Det er endog antydning at dette skjedde «bevisst». Leder kan ikke se at klager har påvist noen dekning for disse påstander. En nærmere gjennomgang av sakens dokumenter viser også at den rådgiverrolle valgte leverandør har hatt, ikke har utelukket en reell konkurranse. Anførselen kan klart ikke føre frem.

Når det gjelder anførselen om at valgte leverandør har hatt en urimelig konkurransefordel, som innebærer brudd på prinsippene i loven § 5, viser leder til avvisningsvedtakets premisser (17) - (19), som gir full tilslutning. Anførselen kan klart ikke føre frem.

Anførselen om at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist hviler på en uenighet mellom partene om hvorvidt den tilbudte friksjonsmåler var registreringspliktig. Leder er enig med sekretariatet i at det ikke er grunnlag i sakens dokumenter for å hevde at innklagede – ut fra kravspesifikasjonen - ikke har vurdert valgte leverandørs friksjonsmåler på forsvarlig vis. Anførselen kan på denne bakgrunn klart ikke føre frem.

Etter dette legger leder til grunn at klagen klart ikke kan føre frem ved en nemndsbehandling.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og avvisningsvedtaket blir å opprettholde.

Denne avgjørelse sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Georg Fredrik Rieber-Mohn
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Advokatfirmaet Nicolaisen & Co ANS

Postadresse

Hvamstubben 17

*Poststed*2013 SKJETTEN
Norge*Kontakt/e-post*Tine Granlund
tine.granlund@advonico
.no*Kopi til:*

Statens vegvesen Vegdirektoratet

Postboks 8142 Dep

0033 OSLO
Norge

firmapost@vegvesen.no



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Advokatfirmaet Nicolaisen & Co ANS
Hvamstubben 17
2013 SKJETTEN
Norge
Tine Granlund

Deres ref.
Advokat Tine
Granlund

Vår ref.: 2017/0023-15 Saksbehandler: Tora Holm

Dato: 10.11.2017

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 21. februar 2017 på offentlig anskaffelse av friksjonsmålere. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Vegdirektoratet (innklagede) kunngjorde 18. juni 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av parallell rammeavtale for kjøp av friksjonsmålere. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til kroner 11 200 000. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 19. august 2016.
- (2) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen, fra Olsense Technology AS (klager) og ViaTech AS (valgte leverandør).
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt D.2.1 "*Leveransen*" fremgikk følgende:

"En komplett friksjonsmåler som her nevnes skal bestå av selve måleren med overføring til PC i målebilen, GPS utstyr, temperaturmåling, avstandsmåler, foto og nødvendig overføringsutstyr til Statens vegvesens Web løsning slik at måleresultatene kontinuerlig kan tas ut av byggherre hos veieier også under måling. (Online). Pr. i dag er serveren plassert hos Viatech på Kongsberg. Viatech står for driften av den i henhold til inngått avtale."

- (4) I samme punkt var det inntatt en liste over krav til leveransen, hvor det fremgikk følgende:

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@kofa.no
www.kofa.no

"• Ved levering av hengerløsning må leverandør sørge for at løsningen tilfredsstiller kjøretøysforskriften

(...)

- Leverandør skal delta med minst en person i forbindelse med kalibrering av målere opp mot referansemåler*
 - Leverandør skal i tilbudet beskrive tilgjengelighet i forhold til service, vedlikehold og reparasjoner i alle regioner*
 - Det skal oppgis hvor delelager befinner seg med beskrivelse av deler på lager og hva leveringstiden er for deler som ikke er lagert*
 - Måleren skal leveres med komplett norsk brukermanual både i forhold til måleprogram og etterbehandling av data*
 - Dokumentasjon må kunne leveres både på elektronisk format og som papirkopi.*
 - Tilbudet skal omfatte utstyr og programvare for trådløs overføring av friksjonsdata til server. (3G/4G)*
 - Leverandøren skal kunne yte fjernhjelp på måleren. Målesystemet og sensorene skal kunne diagnostiseres via internett oppkobling*
 - Dataprogram skal tilfredsstille Statens vegvesens IKT standard*
 - Leverandørens garantiordning skal oppgis i tilbudet*
 - Oppdrag skal utføres i henhold til beskrivelse tilpasset det enkelte oppdrag/leveranse*
 - Personell skal ha tilfredsstillende kompetanse for å utføre beskrevne oppdrag/leveranse"*
- (5) Tildeling av kontrakten skulle ifølge konkurransegrunnlaget skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene *"Tilbudt personell kompetanse og erfaring"* som var vektet med 60%, og *"Maksimalpris"* som var vektet med 40%.
- (6) Det følger av kunngjøringen punkt II.1.5 at innklagede ønsket å inngå en parallell rammeavtale med tre leverandører. Av konkurransegrunnlaget punkt C.2.3 fremgikk det at tildeling av kontrakt innenfor avtalen ville skje ved hjelp av kaskademodellen (avrop ville altså først tilbys den høyest innstilte leverandøren).
- (7) Som følge av at det bare kom inn to tilbud valgte innklagede å tildele kontrakt til begge leverandørene. Av tildelingsbrev 25. oktober 2016, samt påfølgende avklaring per telefon, fremgikk det at valgte leverandør var rangert som nummer en, mens klager var rangert som nummer to. Rangeringen var begrunnet med at valgte leverandør hadde scoret vesentlig bedre på tildelingskriteriet *"Tilbudt personell kompetanse og erfaring"*. Klager hadde tilbudt laveste pris.
- (8) Klager påklaget rangeringen i brev 11. november 2016. Innklagede opprettholdt rangeringen i brev 15. november 2016. Klager opplyste i e-post 21. november 2016 at de ikke kom til å signere kontrakten.

- (9) Kontrakt med valgte leverandør ble signert 22. november 2016.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. februar 2017.

Sekretariatets vurdering:

- (11) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. klagenemndforskriften § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av parallell rammeavtale for kjøp av friksjonsmålere, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til kroner 11 200 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (12) Innledningsvis nevnes det at partene er uenige om hvordan konkurransegrunnlaget var utformet. Klager har i denne forbindelse hevdet at innklagede har endret konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristen, på grunn av at klager fremmet innsigelser mot hvordan anskaffelsen var gjennomført. Slik saken er opplyst er det imidlertid ingen holdepunkter for at dette rent faktisk er tilfellet. Ved avgjørelsen av saken har sekretariatet derfor lagt til grunn at konkurransegrunnlaget ikke er blitt endret.

Uklart og mangelfullt konkurransegrunnlag

- (13) Klager har anført at det ikke fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at det skulle legges ved dokumentasjon i relasjon til tildelingskriteriet "*Tilbudt personell kompetanse og erfaring*". Klager hevder i denne forbindelse at konkurransegrunnlaget ikke inneholdt eksplisitte dokumentasjonskrav knyttet til dette tildelingskriteriet på det tidspunktet klager lastet ned konkurransegrunnlaget.
- (14) Slik tildelingskriteriet er formulert må det ha vært klart for enhver normalt påpasselig leverandør at det tilbudte personelletts kompetanse og erfaring måtte dokumenteres for at innklagede skulle kunne evaluere tilbudene opp mot tildelingskriteriet. Innklagede har også vist til at konkurransegrunnlaget inneholdt et dokumentasjonskrav. Klagers anførsel kan klart ikke føre frem.
- (15) Klager har videre fremholdt at det ikke var påregnelig at CVer ville bli avgjørende ved evalueringen av tilbudene ettersom anskaffelsen var kunngjort som en vareanskaffelse. Klager har også hevdet at det var misvisende å kunngjøre konkurransen som en vareanskaffelse når tildelingskriteriet knyttet til tjenesteelementene i leveransen var vektet med 60 %.
- (16) En anskaffelse kan, og vil ofte, bestå både av vare- og tjenesteelementer. For blandede kontrakter følger det av forskriften § 2-4 (1) at den skal anses som en varekontrakt dersom verdien av varene er høyere enn verdien av de aktuelle tjenestene. Det er i denne saken ikke tvilsomt at anskaffelsen omfattet tjenesteelementer i tillegg til vareleveransen, blant annet i forbindelse med service og montering av friksjonsmålerne. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det videre at tildelingskriteriet "*Tilbudt personell kompetanse og erfaring*" skulle vektet med 60% ved evalueringen. På denne bakgrunn er det klart at det var påregnelig for leverandørene at den dokumenterte kompetansen til tilbudt personell kunne bli avgjørende for evalueringen av tilbudene. Klager kan heller ikke høres med at selskapet ikke hadde plikt til å undersøke de delene av konkurransegrunnlaget som gjaldt tjenesteleveransen. Klagers anførsel kan dermed klart ikke føre frem.

Tildelingsevalueringen – kravet til likebehandling

- (17) Klager har anført at valgte leverandør hadde en urimelig konkurransefordel av å være leverandør av innklagedes serverløsning og webvisnings-portal. Valgte leverandørs friksjonsmålere hadde dermed en programvare som gjorde at målingsdataene var kompatible med innklagedes serverløsning og webvisnings-portal, mens klager for egen regning måtte utvikle en programvare som sikret at dataene fra friksjonsmålerne ble gjort kompatible.
- (18) Kravet til likebehandling i loven § 5 innebærer at oppdragsgiver må sikre at alle leverandørene behandles likt gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/11 premiss (47) og 2014/24 premiss (57). I de fleste konkurranser er det imidlertid forhold som gjør at noen eller enkelte tilbydere har et bedre grunnlag enn andre for å levere et godt tilbud. Det kan være erfaring fra tidligere liknende oppdrag eller ved å være eksisterende leverandør. Regelverket er ikke til hinder verken for at slike leverandører deltar i konkurranser, eller at kontraktene faktisk tildeles leverandørene som har slike fortrinn, jf. klagenemndas sak 2014/24 premiss (57)-(58).
- (19) Slik saken er opplyst fremgår det at innklagede har tilbudt klager vederlagsfri veiledning om serverløsningen og hvordan dataoverføringene kunne gjøres kompatible med denne. Klager anførsler gir klart ikke grunnlag for å konstatere at innklagede skulle gjort ytterligere tiltak for å utjevne en eventuell konkurransefordel. Klagers anførsel kan derfor klart ikke føre frem.

Rådgiverhabilitet

- (20) Klager anfører at valgte leverandørs rolle i konkurransen er i strid med bestemmelsen om rådgiverhabilitet i forskriften § 3-8. Slik sekretariatet forstår det sikter klager her til at valgte leverandør er eksisterende leverandør av innklagedes serverløsning og webvisnings-portal, som friksjonsmålerdataene i henhold til konkurransegrunnlaget skulle kunne overføres til.
- (21) En slik situasjon reguleres først og fremst av bestemmelsen i forskriften § 17-3, hvor det som utgangspunkt ikke er adgang til å vise til bestemte merkenavn i de tekniske spesifikasjonene. Denne bestemmelsen er imidlertid ikke anført, og det er klart at et krav om kompatibilitet med eksisterende utstyr ofte vil være lovlig.
- (22) Klager har imidlertid særlig heftet seg ved at det er valgte leverandør som utarbeidet dokumentene med veiledning om hvordan friksjonsmålerdata kan gjøres kompatible med serverløsningen og webvisnings-portalen.
- (23) Selv om dette i prinsippet er noe som kan omfattes av bestemmelsen i forskriften § 3-8, er det i denne saken ikke grunnlag for å hevde at involveringen av valgte leverandør har skjedd på en måte "*som vil kunne utelukke konkurranse*". Klagers anførsel kan derfor klart ikke føre frem.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (24) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fordi friksjonsmålerne ikke oppfylte krav om at tilbudt løsning skulle tilfredsstille kravene i kjøretøysforskriften. Klager har i denne forbindelse vist til at valgte leverandørs friksjonsmåler ikke er utstyrt med registreringsskilt, og sekretariatet forstår det slik at

partene er uenige om hvorvidt kjøretøyforskriften skal forstås slik at valgte leverandørs friksjonsmåler er registreringspliktig.

- (25) Slik saken er opplyst er det ikke grunnlag for å hevde at innklagede ikke har foretatt en forsvarlig vurdering av leverandørenes produkter opp mot kravspesifikasjonen, inkludert kravet om at friksjonsmålerne må oppfylle kravet i kjøretøyforskriften.

Øvrige anførsler

- (26) Når det gjelder klagers øvrige anførsler er ikke disse tilstrekkelig underbygget til at de er egnet for nemndsbehandling.
- (27) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Jonn Sannes Ramsvik
midlertidig nestleder
Dokumentet er godkjent elektronisk

Tora Holm
førstekonsulent

Mottaker

Advokatfirmaet Nicolaisen & Co ANS

Postadresse

Hvamstubben 17

*Poststed*2013 SKJETTEN
Norge*Kontakt/e-post*Tine Granlund
tine.granlund@advonico
.no*Kopi til:*

Statens vegvesen Vegdirektoratet

Postboks 8142 Dep

0033 OSLO
Norge

firmapost@vegvesen.no