



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Klassifisering av anskaffelse. Feil i kunngjøring.

Innklagede inviterte fire leverandører til å levere tilbud i en konkurranse om en bygg- og anleggskontrakt for nytt driftskontrollsystem for vann og avløp. Klagenemnda fant at anskaffelsen var klassifisert feil, og at den skulle ha vært kunngjort etter forsyningsforskriften del II. Klagenemnda fant videre at konkurransen måtte avlyses som følge av denne feilen. Derfor tok ikke nemnda stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 28. oktober 2020 i sak 2020/672

Klager: Malthe Winje Automasjon AS

Innklaget: Moss kommune

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Halvard Haukeland Fredriksen og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Moss kommune (heretter *innklagede*) inviterte 4. mai 2020 fire leverandører til å levere tilbud på en anskaffelse av et nytt driftskontrollsystem for vann og avløp. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget estimert til 8,5 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 2. juni 2020.

- (2) I konkurransegrunnlaget var anskaffelsesprosedyren beskrevet slik:

«Anskaffelsen gjennomføres iht. lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 (LOA) og forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene (forsyningsforskriften) FOR 2016-08-975 del I. For å ivareta anskaffelseslovens grunnleggende prinsipp om konkurranse, inviteres det til deltakelse i konkurranse. Likelydende konkurransegrunnlag med vedlegg sendes til samtlige inviterte leverandører.

Oppdragsgiver planlegger å tildele kontrakt uten ytterligere kontakt med leverandørene utover tilbudskonferansen og presentasjonsrundene der leverandørene inviteres til å presentere sine tilbud, men vil kunne foreta eventuelle mindre avklaringer/korrigeringer av tilbudene. Dialog kan likevel bli gjennomført dersom oppdragsgiver, etter at tilbudene er mottatt og presentasjonene er gjennomført, vurderer det som hensiktsmessig. Dialogen kan gjelde alle sider av tilbudene og kan blant annet omfatte avklaringer og forhandlinger. Utvelgelsen vil i så fall bli gjort etter en vurdering av tildelingskriteriene. Det presiseres at ingen leverandører kan forvente dialog om sitt tilbud og derfor må levere sitt beste tilbud.»

- (3) Det ble videre opplyst at anskaffelsen ble regulert av flere standardkontrakter, henholdsvis SSA-L Statens standardavtale for IT-anskaffelser Avtale om løpende

tjenestekjøp over internett. NS 8406:2009 forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt og NS 3420.

- (4) Det ble konkurrert om å levere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende *tildelingskriterier*:

Pris	Vekt	Dokumentasjonskrav
<i>Under dette kriteriet vurderes tilbudt pris.</i>	40%	<i>Utfylt prisskjema SSA-L og ISY</i>
Kvalitet	Vekt	Dokumentasjonskrav
<i>Under dette kriteriet vurderes tilbudt kvalitet.</i> <i>Følgende vil bli vurdert:</i> <i>Kvalitet på teknisk løsning</i> • <i>Skjermbilder og popup-bilder brukervennlighet</i> • <i>Alarmsystem (A/B, blokkering, statistikk etc.)</i> • <i>Trendsystem</i> • <i>DV drift & vedlikeholdsprogram</i> • <i>Nettbrett brukervennlighet</i> • <i>Teknisk systemløsning generelt</i> <i>Rapportsystem vil ikke vektlegges, da det eksisterende rapportsystem Gurusoft skal benyttes videre.</i>	60%	<i>Besvarelse av oppdragsgivers kravspesifikasjon med eventuelle vedlegg.</i>

- (5) I dokumentet «*ISY Beskrivelse - Moss kommune Driftskontroll for VA*» ble det gitt følgende orientering om prosjektet:

«Orientering

Moss kommune har besluttet å anskaffe ny driftskontroll for Vann og Avløp. Det nye anlegget skal brukes som toppsystem for alle eksisterende og nye VA-stasjoner. Det er 110 VA-anlegg som skal oppgraderes.

Selve toppsystemet med lisenser og programmering av toppsystemet er beskrevet i SSA.

De fleste PLSer Moss er av fabrikat Saia, mens de fleste i Rygge er Schneider. Det er tillatt å gjenbruke de PLSene som har Ethernet og 4G fra før.

Det planlegges å bruke en virtuell server på Rådhuset og en virtuell server på en annen lokasjon. Disse skal fungere som IO-servere og være redundante mot hverandre.

110 stasjoner skal få nye PLSer og nye operatørpaneler.

Tilbyder må enten ha egne elektromontører eller bruke et elektrofirma som sin underleverandør.»

- (6) Som en del av tilbudet ble det blant annet bedt om oversikt over garanterte responstider for:

- *valg av nytt skjermbilde (30 dynamisk pkt.)*
- *utsending av kommandoer til utestasjon/PLS*
- *oppdatering av skjermbilder (måleverdier)*
- *oppdatering av trendkurver*
- *oppheving av rapporter*

- (7) Innklagede fikk 22. mai 2020 følgende spørsmål til konkurransegrunnlaget:

«Spørsmål 4:

Vi har et spørsmål vedrørende drift av valgt kommunikasjonsløsning 4G

En 4G-løsning kan etableres på flere forskjellige måter, og det vil være store prisvariasjoner i årlige driftskostnader avhengig av valgt løsning. Det er også forskjeller på hvor låst man blir til valgt løsning, dvs. evt. kostnader for å komme ut av tjenesten.

I konkurransegrunnlagets del om driftskostnader kan vi ikke se at det er tatt med prispost som spesifiserer driftskostnader for kommunikasjon med 4G-modem.

Vi kan heller ikke se at konkurransegrunnlaget ber tilbyder spesifisere evt. bindingstider til valgt løsning.

Vi regner med at driftskostnader knyttet til 4G skal være med i evalueringen siden det differensierer mye på driftskostnadene alt etter hvilken løsning tilbyder har, det er et viktig konkurranseelement. Dette bør presiseres i konkurransegrunnlaget.»

- (8) Innklagede besvarte spørsmålet 25. mai:

«Svar på spørsmål 4:

Tilbyder lager et vedlegg 3.2 hvor han redegjør for valgt løsning for kommunikasjon og eventuelle andre forhold slik som bindingstid, datamengde, datahastighet etc.

Pris pr. år oppgis over 10 år. I revidert tilbud, etter forhandlinger, lager COWI en ny prispost 3.2 hvor dette føres inn.»

- (9) Samtlige fire leverandører leverte tilbud, inkludert Malthe Winje Automasjon AS (heretter *klager*) og Controlpartner AS.

- (10) Det ble gjennomført avklaringsmøter og innhentet reviderte tilbud, samt foretatt etterfølgende avklaringer av disse. Etter dette ble leverandørene 10. juli 2020 informert om at Controlpartner AS var valgt som leverandør. Klager ble rangert som nummer to.

- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage 2. september 2020. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet klagen. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. oktober 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Anskaffelsen skulle ha vært kunngjort som en varekontrakt – alternativt tjenestekontrakt, i henhold til forsyningsforskriftens del II, jf. definisjonene i forsyningsforskriften § 4-1 og bestemmelsen om blandede anskaffelser i § 6-1 (1). Anskaffelsens dominerende elementer er varekjøp og IT-leveranse. Bygg- og anleggsdelen av anskaffelsen er kun innkobling av nye komponenter i eksisterende elektroskap, og i beskjedent omfang.
- (14) Evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet bryter med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4, fordi poengsettingen ikke reflekterer faktiske relevante forskjeller.
- (15) Prinsippet om etterprøvbarehet i anskaffelsesloven § 4 er ikke oppfylt, fordi det ikke fremgår hva som har vært evaluert og vektlagt under det enkelte underkriteriet av kvalitet.
- (16) Innføring av et helt nytt krav om responstid kun to dager før tildelingsbeslutningen er en ulovlig vesentlig/usaklig konkurransevidende endring av konkurransegrunnlaget.
- (17) Konkurransegrunnlaget var uklart. Rundetid var ment oppfattet som tid for kommunikasjon mellom PLS-er, ikke fra PLS til driftskontrollsystem. Det var ikke stilt krav om rundetid mellom PLS-er. Dette kan ha medført usammenlignbare tilbud.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede fastholder at anskaffelsen er en bygge- og anleggsanskaffelse etter forsyningsforskriften del I. Bygg- og anleggsarbeidene ble på forhånd estimert til ca. 60 prosent av anskaffelsesverdien og er følgelig kontraktens hovedelement.
- (19) Tre av fire leverandører ble vurdert likt. Det er imidlertid ikke ensbetydende med at evalueringen bryter med de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet. De tre leverandørene er sentrale innenfor den aktuelle bransjen – og de opererer med veldig like systemer både teknisk og funksjonsmessig. At det var vanskelig å skille leverandørene på kvalitetskriteriene, kan derfor ikke anses som annet enn naturlig.
- (20) Anskaffelser etter forsyningsforskriften del I stiller ikke krav om en mer detaljert begrunnelse enn den som er gitt.
- (21) Innklagede informerte lenge før tilbudsfristen gikk ut om at kostnader knyttet til 4G ville bli tatt med i evalueringen og at leverandørene måtte prise dette.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en

anskaffelse av et nytt driftskontrollsystem for vann og avløp med estimert verdi på 8,5 millioner kroner ekskl. mva.

- (23) Anskaffelsen ble gjennomført som en bygge- og anleggsanskaffelse etter lov om offentlige anskaffelser (*anskaffelsesloven*) 17. juni 2016 nr. 73 og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (*forsyningsforskriften*) av 12. august 2016 nr. 975 del I. Fire leverandører ble invitert til konkurransen.
- (24) Klagenemnda tar først stilling til om anskaffelsen skal klassifiseres som en varekontrakt, alternativt en tjenstekontrakt. Anskaffelsens verdi var estimert til 8,5 millioner kroner. Dersom anskaffelsen er en vare- eller tjenstekontrakt, er verdien over EØS-terskelverdi, jf. forsyningsforskriften § 5-2 (1).
- (25) Driftskontrollsystemet som skal anskaffes gjelder styring av ulike vannbehandlingssystem. Slik klagenemnda forstår det, skal innklagede kjøpe et prosess-/kontrollsystem (software), samt nødvendig hardware bestående av datamaskiner (programbar logisk styring, såkalte *PLS*) og kontrollpaneler, som skal utplasseres og monteres i de respektive VA-anleggsstasjonene. Det er 110 VA-anlegg som skal oppgraderes. I tillegg skal valgte leverandør drifte systemet i ti år.
- (26) Anskaffelsen er dermed en blandet anskaffelse. Klagenemnda forstår det slik at anskaffelsens vare-, tjeneste- og bygg- og anleggselementer ikke kan skilles fra hverandre. Det følger da av forsyningsforskriften § 6-1 (1) at kontraktens *hovedelement* er avgjørende for om kontrakten skal klassifiseres som en varekontrakt, tjenstekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt.
- (27) EU-domstolen har uttalt følgende om denne vurderingen i sak C-412/04 (*Kommisjonen mot Italia*), avsnitt 49:

«Denne bedømmelse skal foretages under iagttagelse af de hovedydelse, der skal præsteres og som sådan karakteriserer denne kontrakt i modsætning til dem, der blot er af accessorisk eller supplerende karakter, og som er dikteret af kontraktens formål, idet værdien af de forskellige foreliggende ydelser i denne forbindelse udelukkende udgør et kriterium blandt andre, som skal tages i betragtning med henblik på denne bedømmelse.»
- (28) Innklagede har forklart anskaffelsen er kompleks og krever installering, montering og programmeringsarbeider skreddersydd til hver enkelt utestasjon, herunder montering av nye og større kontrollpaneler, som forutsetter utskjæringer i eksisterende elektroskap. Det er vist til at bygg- og anleggsarbeidene ble estimert til ca. 60 prosent av anskaffelsesverdien, mens tjenester (skyttjenester, lisenser o.l.) ble estimert til 40 prosent.
- (29) De ulike ytelsenes verdi er ett av flere momenter som inngår i vurderingen av hva som er anskaffelsens hovedelement. Slik saken fremstår for klagenemnda, bygger innklagedes verddivurdering på at verdien av PLS regnes som materialkostnader i bygge- og anleggsarbeidene. For klagenemnda er det ikke opplagt at dette er riktig. Det vises i denne sammenheng til forsyningsforskriftens definisjon av en varekontrakt i § 4-1 bokstav b) som åpner for at en varekontrakt kan inkludere monterings- og installasjonsarbeider.
- (30) Slik klagenemnda ser det, kommer verdiberegningen uansett ikke på spissen i vår sak, siden verdien kun er ett av flere momenter i vurderingen. I den samlede vurderingen

fremstår det for klagenemnda som klart at bygge- og anleggsarbeidene ikke kan anses som kontraktens hovedelement.

- (31) Innklagede har forklart at bygge- og anleggsarbeidene består av følgende ytelser:
- Skifte ut PLSen med intern ledningsføring som strekker seg rundt i hele elektroskapet.
 - Skifte ut operatørpanel i ståldøra i front av skapet. Skjære større hull og montere og tilkoble nytt større operatørpanel.
 - Montere inn nytt 4G-modem med antenne som vanligvis festes oppå taket av elektroskapet.
- (32) Dette er ytelser som er foranlediget av innklagedes kjøp av kontrollsystem, datamaskiner (PLS-er) og kontrollpaneler, samt drift av disse i en tiårsperiode. Formålet med anskaffelsen fremstår som kjøp av varer, og dette endres ikke av at disse varene skal installeres og monteres. Dette underbygges av at evalueringen av tilbudenes kvalitet utelukkende er basert på kvaliteten på den tilbudte tekniske løsningen.
- (33) Klagenemnda har etter dette kommet til at anskaffelsen skulle ha vært klassifisert som en varekontrakt, jf. forsyningsforskriften § 4-1 bokstav b). Anskaffelsens verdi er da, som nevnt, over EØS-terskelverdi. Anskaffelsen skulle derfor ha fulgt forsyningsforskriften del II, noe som blant annet innebærer at den skulle ha vært kunngjort i Doffin og i TED-databasen.
- (34) Denne manglende kunngjøringen vil bare kunne repareres ved å avlyse konkurransen og gjennomføre en ny og kunngjort konkurranse.
- (35) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til, finner klagenemnda at klager mangler saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførsler selskapet har fremsatt, jf. klagenemndsforakriften § 6. På bakgrunn av innklagedes anmodning bemerker klagenemnda for øvrig at det faller utenfor denne saken å uttale seg om eventuelle konsekvenser av at leverandørene ser ut til å kjenne innholdet av hverandres tilbud.
- (36) Selv om det konstaterte bruddet på regelverket ikke uten videre har påvirket klagers muligheter til å få kontrakten, kan regelbruddet ha påvirket resultatet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforakriften § 13.

Konklusjon:

Moss kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å gjennomføre konkurransen etter forsyningsforskriften del II.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk