



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4. Endring av konkurransegrunnlag. Krav til ytelsen/teknisk spesifisering. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring for anskaffelse av avfallssug. Innklagede tildelte kontrakten til klager, men omgjorde tildelingsbeslutningen etter gjenåpning av konkurransen. Bakgrunnen for at konkurransen ble gjenåpnet var at innklagede mente det var gjort en ulovlig endring av konkurransegrunnlaget etter at opprinnelige tilbud var inngitt. Klagenemnda fant det ikke sannsynliggjort at den første tildelingsbeslutningen var i strid med forskriften. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen, førte dermed frem.

Klagenemndas avgjørelse 21. desember 2021 i sak 2021/1600

Klager: Marimatic Group Oy

Innklaget: Helse Møre og Romsdal HF

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Helse Møre og Romsdal HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 19. mars 2021 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av avfallssug til Sjukehuset Nordmøre og Romsdal. Anskaffelsens verdi fremgikk ikke av konkurransedokumentene. Frist for å levere søknad om prekvalifisering var 26. mars 2021.
- (2) Fire leverandører leverte søknad om prekvalifisering, deriblant Marimatic Group Oy (heretter *klager*) og Envac Norge AS. De fire leverandørene ble ansett kvalifiserte, og ble dermed invitert til å inngi tilbud i konkurransen.
- (3) Fase to av konkurransen (tilbudsfasen) ble kunngjort 21. april 2021. Tilbudsfristen var satt til 27. april 2021.
- (4) Tildelingskriteriene var «*Pris*» og «*Oppgaveforståelse og kompetanse*», som var vektet henholdsvis 70 og 30 prosent. Førstnevnte skulle baseres på et utfylt vederlagsskjema, som var vedlagt konkurransegrunnlaget.
- (5) I funksjonsbeskrivelsen punkt 1.7 («*Serviceavtale*») fremgikk det at leverandørene skulle gi opsjon på serviceavtale på diverse anlegg, herunder «*ventilatorer, komprimator og 2 containere a 30 m3*». Det var presisert at det skulle være mulig å utføre service på deler av anlegget uten at hele anlegget stenges ned.

- (6) I punkt 3 («Spesifikasjoner») stod det at «[d]et stilles forventning til 98 % oppetid». Under deloverskriften «Vakuumentilatorer» fremgikk følgende: «Ventilatorene skal være utført slik at det er minst mulig risiko for driftsstopp. Det skal leveres kule- eller rullelager med minst 60.000 timers driftstid.»
- (7) Under punkt 4.4 («Elementer i leveransen») stod det at ved terminalen/oppsamlingsstasjon installeres «også vakuumblåser, lydfeller, luftseparator [og] kontroll utstyr».
- (8) I punkt 4.5 («Styrings- og overvåkningssentral») fremgikk det at styrings- og overvåkningssentral skulle leveres i terminalen. Systemet skulle blant annet «[s]tyre komprimator».
- (9) En leverandør stilte 12. april 2021 et spørsmål til innklagede, som etter en utdypning hadde følgende form 13. april 2021:

«Det henvises til dok "Funksjonsbeskrivelse avfallssug" [punkt] 4.4 der komprimator ikke listes opp som en komponent i terminalen. Vi forstår ikke hvorfor styring av komprimator er et skal-krav da, se [punkt] 4.5 i samme dokument.

Komprimator nevnes også under punkt 1.7 i "Funksjonsbeskrivelse avfallssug".»

- (10) Spørsmålet ble besvart av innklagede 13. april 2021: «Spørsmålsstiller har oppdaget en feil i underlaget. Komprimator skal leveres. Vedlegg til Del II C.2 Funksjonsbeskrivelse avfallssug [punkt] 4.4 er nå oppdatert slik at den reflekterer dette. Oppdatert funksjonsbeskrivelse ligger vedlagt utsending av dette dokumentet 13.4.2021.»
- (11) I den oppdaterte funksjonsbeskrivelsen stod det nå følgende: «Ved terminal/oppsamlingsstasjonen installeres også komprimator(er), vakuumblåser, lydfeller, luftseparator [og] kontroll utstyr.» (rød skrift og understreking i original)
- (12) De fire leverandørene leverte tilbud innen fristen. Klager og Envac Norge AS tilbydde en løsning med to komprimatorer, mens de to øvrige tilbydde én komprimator.
- (13) Innklagede gjennomførte forhandlingsmøter med leverandørene 3. og 4. mai 2021. Leverandørene ble bedt om å inngi reviderte tilbud innen 11. mai 2021.
- (14) Innklagede orienterte leverandørene 4. mai 2021 om følgende:
- «Alle leverandører bes ivareta følgende i sitt reviderte tilbud:*

1. Antall containere og komprimatorer:

Oppdragsgiver ønsker at revidert tilbud inkluderer 2 stk. containere og 2 stk. komprimatorer.

2. Vifter/vakuumpumper i terminal:

Det er tilbudt varierende effekt og antall på dette området. Oppdragsgiver ønsker at alle tilbydere tilbyr redundans i systemet. Altså for eksempel med 2 stk. vifter i terminalen.»

- (15) De fire leverandørene inngav reviderte tilbud. Envac Norge AS tilbydde en løsning med én komprimator, men med spesifisering av priskonsekvens for én ekstra komprimator. Klager og de to øvrige leverandørene tilbydde en løsning med to komprimatorer. Ingen av tilbudene ble avvist.
- (16) Klager ble ved brev 12. mai 2021 tildelt kontrakten. Av tildelingsbeslutningen fremgikk det at klager hadde fått full uttelling på priskriteriet (10 poeng) og 9,35 poeng på «Oppgaveforståelse og kompetanse». Envac Norge AS fikk til sammenligning 10 poeng på sistnevnte og 9,36 poeng på priskriteriet. Klager fikk en vektet totalscore på 9,81 poeng, mot Envac Norge AS' 9,55 poeng.
- (17) Innklagede orienterte leverandørene 27. mai 2021 om at tildelingsbeslutningen var ulovlig. Dette var oppdaget på bakgrunn av en klage fra Envac Norge AS. Det ble meddelt at konkurransen nå ville bli gjenåpnet. Fra brevet gjengis følgende:
- «Det bemerkes at funksjonskravene i Vedlegg til Del II C.2 Funksjonsbeskrivelse avfallssug [punkt] 4.4 vil være oppfylt ved å levere tilbud på én eller flere komprimatorer. Det kan derfor sees bort fra informasjon sendt til tilbyderne 4. mai 2021 med ønske om to stykk komprimatorer.*
- Videre presiseres det at det er opp til tilbyderen å sannsynliggjøre at krav om 98 % oppetid i Vedlegg til Del II C.2 Funksjonsbeskrivelse avfallssug [punkt] 3.1, oppfylles. Det er opp til tilbyderen å vurdere hvor mange vifter [(ventilatorer)] som kreves, og hvilken effekt denne eller disse skal ha for å sikre 98 % oppetid.*
- Det gjelder i tillegg et overordnet krav etter konkurransegrunnlaget til at ventilatorene skal være utført slik at det er minst mulig risiko for driftsstopp. Vi ber om at det synliggjøres i revidert tilbud hvordan systemet skal sikres mot risiko for driftsstopp.»*
- (18) Tilbudsfristen for å inngi nytt tilbud ble satt til 4. juni 2021. Det var påpekt at det ikke ville bli foretatt en ny evaluering av tildelingskriteriet «Oppgaveforståelse og kompetanse».
- (19) Tre leverandører inngav nye tilbud, herunder Envac Norge AS og klager, som begge tilbydde en løsning med én komprimator.
- (20) Kontrakten ble tildelt Envac Norge AS (heretter også *valgte leverandør*) 8. juni 2021. Valgte leverandør hadde fått full score (10 poeng), mot klagers 9,62 poeng.
- (21) På spørsmål fra klager om hvordan valgte leverandør hadde sannsynliggjort at kravet til 98 prosent oppetid var oppfylt med kun én ventilator, svarte innklagede følgende 11. juni 2021: «*[Valgte leverandør] har i sitt tilbud bekreftet at de har levert mer enn ti tilsvarende anlegg som de har tilbudt i denne konkurransen og som alle ivaretar oppetidskravet. Oppdragsgiver har vurdert dette til å være tilstrekkelig dokumentasjon til å sannsynliggjøre at kravet til oppetid er innfridd.*»
- (22) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 23. juni 2021.

(23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. desember 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Presiseringen av at man ønsket tilbud på to komprimatorer var en lovlig endring av konkurransegrunnlaget. Det var derfor ikke grunnlag for å omgjøre tildelingsbeslutningen, jf. forskriften § 25-1 fjerde ledd.
- (25) Det er ikke dokumentert at valgte leverandørs tilbud oppfyller funksjonsbeskrivelsens krav om 98 prosent oppetid og minst mulig risiko for driftsstopp. Dette begrunnes med at det kun er tilbudt én ventilator (vifte) uten noen form for reserveløsning. På dette punktet er innklagedes evaluering i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (26) Klagenemnda anmodes om å ta stilling til om vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) I forhandlingsfasen ble det gitt ulovlige presiseringer av konkurransegrunnlaget, noe som gjorde den opprinnelige tildelingsbeslutningen ulovlig. Presiseringen av at leverandørene måtte levere to komprimatorer var i strid med en naturlig forståelse av konkurransegrunnlaget og tidligere presiseringer, og innebar en ulovlig endring. Dette var bakgrunnen for at tildelingsbeslutningen ble trukket tilbake og omgjort, basert på gjenåpning av konkurransen med presisering om at leverandørene kunne levere en løsning med én komprimator. Den nye tildelingsbeslutningen beror ikke på et endret skjønn.
- (28) Valgte leverandør oppfyller kravet knyttet til 98 prosent oppetid. Dette har valgte leverandør bekreftet og redegjort nærmere for i tilbudet. I tillegg er det inngitt omfattende referanseprosjekter som dokumentasjon på at løsningen er robust med lav risiko for driftsstopp.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av avfallssug, som er en bygge- og anleggsanskaffelse.
- (30) Anskaffelsens verdi var ikke nærmere angitt. Valgte leverandørs tilbud gjaldt en pris på totalt 16 793 750 kroner. Konkurransen er kunngjort som en «*konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring*» etter anskaffelsesforskriften § 13-2. Selv om anskaffelsen er under 51,5 millioner kroner, har innklagede med dette forpliktet seg til å følge anskaffelsesforskriften del III. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen dermed forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Tildelingsevaluering

- (31) Klagenemnda skal ta stilling til hvorvidt innklagede hadde adgang til å omgjøre den opprinnelige tildelingsbeslutningen.

- (32) Det følger av forskriften § 25-1 fjerde ledd at dersom tildelingen av kontrakt er «i strid med forskriften», så kan oppdragsgiver omgjøre denne frem til kontrakt er inngått.
- (33) På tidspunktet innklagede besluttet å gjenåpne konkurransen for å fatte en ny tildelingsbeslutning, var kontrakt ikke inngått med klager. Spørsmålet er hvorvidt tildelingen av kontrakten til klager var «i strid med forskriften».
- (34) Innledningsvis bemerkes det at en oppdragsgiver har plikt til å korrigere en feil om denne gjør kontraktstildelingen ulovlig, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2021/595, premiss 26. Det er oppdragsgiveren som har bevisbyrden for at den første tildelingen var i strid med forskriften.
- (35) Det følger av § 23-7 tredje ledd at oppdragsgiver kan gjøre visse endringer under forhandlingene. Det kan likevel ikke gjøres endringer som er vesentlige. Ved denne vurderingen vil det være naturlig å se hen til § 14-2 om endringsadgangen før tilbudsfristen, justert for at man er i forhandlingsfasen. Er det foretatt slike endringer, må konkurransen avlyses om feilen ikke kan korrigeres på annen måte, se eksempelvis sak 2018/521, premiss 35 med videre henvisninger.
- (36) Klagenemnda må derfor først ta stilling til om endringen som ble gjennomført den 4. mai 2021, var en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.
- (37) På tidspunktet leverandørene leverte sine første tilbud og frem til 4. mai 2021, var det klart forutsatt en valgfrihet knyttet til antall komprimatorer. Det kunne leveres én, to eller flere. Endringen den 4. mai 2021 innebar at leverandørene skulle tilby en løsning med to komprimatorer og at valgfriheten således falt bort.
- (38) Anskaffelsesdirektivets fortale punkt 81 sier følgende om hva som er en vesentlig endring:
- «Det bør imidlertid præciseres, at sådanne ændringer ikke bør være så omfattende, at det ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Dette kan især være tilfældet, hvis ændringerne bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsdokumenterne.»*
- (39) EU-domstolens avgjørelse i sak C-298/15 (Borta) tilsier at oppdragsgiver kan korrigere og presisere opplysningene i konkurransegrunnlaget dersom dette er nødvendig og at andre endringer kan være tillatt om de ivaretar hensynet til likebehandling og forutberegnelighet. Endringene kan være betydelige, men ikke så vesentlige at de ville kunne ha tiltrukket seg andre potensielle tilbydere.
- (40) Spørsmålet i denne saken blir således om endringene den 4. mai 2021 var av en slik art at om de hadde fremgått av det opprinnelige konkurransegrunnlaget, så ville de kunne hatt innvirkning på hvem som kunne tenke seg å delta i konkurransen.
- (41) Både klager og valgte leverandør tilbød en løsning med to komprimatorer i sine opprinnelige tilbud, mens de to andre leverandørene tilbød en løsning med én komprimator. Etter at de prekvalifiserte leverandørene ble bedt om å levere løsninger med to komprimatorer, endret valgte leverandør sitt tilbud og leverte tilbud med én komprimator, men inkluderte priskonsekvensen for to komprimatorer. De tre andre

leverandørene leverte tilbud med to komprimatorer. Etter at konkurransen ble gjenåpnet, leverte tre av fire tilbydere nye tilbud. En leverte tilbud med to komprimatorer og klager og valgte leverandør leverte tilbud med én komprimator. Nemnda mener dette viser at endringen oppdragsgiver gjorde i konkurransegrunnlaget den 4. mai 2021, ikke har hatt innvirkning på hvem som vil ta del i konkurransen. Det synes klart at alle de leverandørene som søkte om å bli prekvalifisert og som også ble prekvalifisert, kunne levere løsninger med både én og to komprimatorer. Dette tilsier at endringen i konkurransegrunnlaget ikke var vesentlig. Nemnda kan heller ikke se at endringen var i strid med prinsippene om likebehandling og forutsigbarhet.

- (42) Klagenemnda finner ellers grunn til å bemerke at innklagedes henvisning til at valgte leverandør kunne ha avstått fra å delta i konkurransen om det opprinnelig var klart at det skulle leveres to komprimatorer, ikke kan anses sannsynliggjort. Nemnda viser igjen til at valgte leverandør opprinnelig tilbudte en løsning med to komprimatorer. Det at samtlige leverandører faktisk har tilbudt en løsning med både én og to komprimatorer på ulike stadier i konkurransen, underbygger etter nemndas syn at antallet komprimatorer er av underordnet betydning ved leverandørenes valg om å delta i en konkurranse om å levere avfallssug.
- (43) Klagenemnda kan heller ikke se at beskjedens som ble sent ut 4. mai innebar at oppdragsgiver forhandlet om et absolutt krav i strid med § 23-7 annet ledd. Det var uklart i konkurransegrunnlaget hvordan kravet skulle forstås. Presiseringen som ble sendt ut 4. mai var innenfor en språklig forståelse av kravet og en tillatt lovlig presisering.
- (44) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at den opprinnelige tildelingen av kontrakten til klager, var «i strid med forskriften», jf. forskriften § 25-1 fjerde ledd. Innklagede hadde altså ikke adgang til å omgjøre den opprinnelige tildelingsbeslutningen.
- (45) Bruddet som klagenemnda har konstatert ovenfor, har påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13 femte setning. Nemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning anses oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 andre ledd.

Avvisning av tilbud

- (46) Selv om klagenemnda har kommet til at omgjøringen av tildelingsbeslutningen var ulovlig, vil nemnda likevel knytte noen kommentarer til klagers innsigelser vedrørende innklagedes vurdering av at valgte leverandør løsning med kun én ventilator oppfyller kravene i funksjonsbeskrivelsen.
- (47) Klagers innsigelser på dette punktet knytter seg til kravene om at anlegget skal ha en opptid på 98 prosent, at ventilator(er) er utført slik at det er minst mulig risiko for driftsstopp og at det skal være mulig å utføre service på deler av anlegget uten at hele anlegget stenges ned.
- (48) Klagenemnda bemerker at innklagede i henhold til forskriften § 24-8 første ledd bokstav b skal avvise et tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene».
- (49) Innklagede har vist til at valgte leverandør har dokumentert at kravene vil bli oppfylt med deres løsning gjennom et omfattende sett med referanseprosjekter og at leverandøren har installert opp mot 40 anlegg med kun én ventilator, uten å ha opplevd havari. Klagers

innsigelser på dette punktet gir ikke klagenemnda grunnlag for å konstatere rettslige mangler ved innklagedes vurdering av valgte leverandørs tilbud.

- (50) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. forskriften § 24-8 første ledd bokstav b.

Konklusjon:

Helse Møre og Romsdal HF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å omgjøre en lovlig tildelingsbeslutning.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk