



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av en arbeidsbåt. Klagenemnda kom til at avlysningen av den første konkurransen om anskaffelsen var saklig. Innklagede hadde brutt forskriften § 24-8 (2) bokstav b, ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud i den andre konkurransen. Klagers anførsler om ulovlig direkte anskaffelse og motstridende opplysninger om tildelingskriterienes vekt, førte ikke frem. Klagers øvrige anførsler ble ikke tatt stilling til.

Klagenemndas avgjørelse 28. mai 2024 i sak 2023/1025

Klager: Prozero Norge AS

Innklaget: Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus og Wenche Sædal

Bakgrunn:

- (1) Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet (heretter *innklagede*) kunngjorde 7. mars 2023 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en arbeidsbåt. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til 12 millioner kroner ekskl. mva. Frist for å søke om deltakelse i konkurransen var 11. april 2023.
- (2) I innledningen til kravspesifikasjonen var det angitt at innklagede hadde behov for en arbeidsbåt til å utføre operasjoner og oppgaver som ikke kunne utføres på land. Videre var det angitt følgende om formålet med anskaffelsen:
«Her vil fartøyet fungere som en arbeidsbåt, i tillegg til at den vil bidra til forskning og undervisning innen hybride fremdriftssystemer, maritime operasjoner og autonomi. Fartøyet vil også bidra til praktisk læring i form av seiling for studenter som studerer til å bli skipsførere. Arbeidsbåten vil være viktig for å plassere teknologi og testobjekter i havområdet, noe som vil ta den interne forskningen og undervisningen til nye høyder.»
- (3) Innklagede mottok syv søknader om å delta i konkurransen. Fem leverandører ble invitert til å levere tilbud innen tilbudsfristen 22. mai 2023. Etter tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, og alle tilbudene ble tatt med i forhandlingene. Prozero Norge AS (heretter *klager*) og Skarsvåg Båt AS var to av selskapene som ble invitert med i forhandlingene.
- (4) Det ble gjennomført tilbudskonferanse 22. mars 2023.
- (5) I kravspesifikasjon var det ikke stilt krav om tilgang til propulsjonssystemet (fremdriftssystemet). Den 29. juni 2023 sendte innklagede ut en melding til leverandørene:

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

«Siden arbeidsbåten skal brukes som en forskningsplattform på styring og autonomi i tillegg til andre oppgaver må NTNU ha full tilgang til propulsjonssystemet og kunne kontrollere dette med egen software. Siden Volvo IPS systemet har pekt seg ut som en svært aktuell kandidat har vi tatt kontakt med Volvo for å se på mulighetene for slik tilgang. I utgangspunktet er dette proprietær og lukket eksklusivt til Volvo og deres samarbeidspartnere, men Volvo er interessert i at NTNU skulle ta i bruk deres system, og en dialog er i gang om hvordan dette kan løses. Om systemtilgang ikke blir mulig kan ikke Volvo IPS benyttes og andre løsninger må velges. Vi beklager at dette tar litt tid og ber om forståelse for at denne detaljen må på plass før en leverandør kan tildeles kontrakten.

Hvis vi ikke får en tilbakemelding fra Volvo innen kort tid så vil vi fortsette anskaffelsen i august»

- (6) Den 22. august 2023 sendte innklagede ut følgende oppdatering:

«Til informasjon så jobber vi med denne anskaffelsen mot Volvo i forhold til å kunne få tilgang til styringssystemet. Det har vært noe kontakt i sommer, men med ferieavvikling så har det nok tatt, og vil ta, litt mer tid. Vi håper det blir avklart snart. Vi vil komme tilbake med mer informasjon så fort vi vet noe mer»

- (7) Etter andre forhandlingsrunde, ble konkurransen avlyst 3. oktober 2023. Innklagede viste i begrunnelsen til at:

«Gjennom konkurransen og forhandlinger har vi funnet ut at fleksibilitet i propulsjonssystemet er en viktig del for at vi skal kunne drive den forskningen og undervisningen vi ønsker. Dette innebærer å ha full kontroll over drivlinjene og muligheten for individuell justering av styringsparametere som gir. RPM, rorvinkel og pitch med mer. I tillegg er det også ønskelig å kunne overvåke motor- og forbruksparametere

Denne endringen anser vi som en vesentlig endring i konkurransen, og jfr §25-4 kan vi avlyse på dette grunnlaget».

- (8) Innklagede kunngjorde 3. oktober 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av arbeidsbåt. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til 12 millioner kroner ekskl. mva. Frist for å søke om deltakelse i konkurransen var 7. november 2023.

- (9) Tildelingskriteriene i konkurransen var «Kvalitet», «Fuelforbruk» og «Totalpris på båt». I kunngjøringen var det angitt at tildelingskriterienes vekt var henholdsvis 50 prosent, 25 prosent og 50 prosent. I konkurransegrunnlaget var det angitt at priskriteriet var vektet 25 prosent, kvalitet 50 prosent og fuelforbruk 25 prosent.

- (10) Kravspesifikasjonen var delt inn i A- og B-krav, hvor A kravene var beskrevet som «Absolutte krav som må tilfredsstilles. Tilbud som ikke tilfredsstillers alle absolutte krav vil bli avvist». B-kravene ble beskrevet som «Viktige krav som bør tilfredsstilles, men det er ikke et absolutt krav. Svar vil ha stor betydning for evaluering av tilbudet».

- (11) A-krav nummer 9 gjaldt serviceavtale:

«Tilbyder skal tilby serviceavtale på tilbudt fartøy i garantitiden. Serviceavtale skal være utarbeidet for å unngå betydelige økninger i driftskostnader og miljøbelastninger

for kjøper. Dette med tanke på A seiling/frakt til og fra eventuelle serviceopphold og reparasjoner.

Vennligst spesifiser hva som er inkludert i serviceavtalen i besvarelse/kommentar kolonnen, og oppgi pris i Bilag 3.»

- (12) A-krav nummer 15 var: *«Styringsystem 1: har muligheten for individuell justering av styringsparametrene for implementasjon mot dynamisk posisjoneringssystemer. (eks. RPM, rorvinkel, pitch og gir)».*
- (13) B-krav nummer 16 var: *Styringssystem 2: elektronisk justering av styringsparameterene.»*
- (14) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen, fra klager og Skarvåg Boats AS.
- (15) Klagers tilbud ble først avvist som følge av at det oversteg konkurransens budsjett. Avvisningen av klagers tilbud ble trukket tilbake 1. desember 2023, fordi det var usikkert om fartøyet var fritatt merverdiavgift eller ikke.
- (16) Skarvåg Boats AS krysset av «Ja» for oppfyllelse av A-kravet om serviceavtale. I kommentarfeltet for kravet var det angitt: *«Skarvåg utarbeider en service og vedlikeholdsplan og avtaler med et verksted i nærheten av dere som kan utføre servicearbeidet i henhold til våre anbefalinger. Kostnader på dette må avtales nærmere med det valgte verkstedet. Skarvåg gjør dette kostnadsfritt.»*
- (17) I brev av 4. desember 2023 meddelte innklagede at kontrakten var tildelt Skarvåg Boats AS (heretter *valgte leverandør*).
- (18) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. november 2023.
- (19) Innklagede har opplyst at kontrakt er inngått med valgte leverandør.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. mai 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede hadde ikke saklig grunn til å avlyse den første konkurransen. Den første konkurransen kunne ivaretatt innklagedes behov for styringssystem gjennom forhandlinger med leverandørene. Innklagede opplyser at leverandørene oppfyller kriteriene som ble satt ved andregangs utlysning. Begrunnelsen for avlysningen fremstår derfor som underlig, og ikke tilstrekkelig hjemlet i forskriften § 25-5.
- (22) Innklagede har urettmessig avvist klagers tilbud i den andre konkurransen.
- (23) Innklagede har brutt prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4, ved at det var gitt motstridende informasjon om tildelingskriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. I utlysningen ble det vist til at totalprisen på båten skulle vektes 50 prosent, mens det i øvrige dokumenter ble vist til en vektning på 25 prosent.
- (24) Valgte leverandør oppga ikke pris på serviceavtale i tilbudet, som var et A-krav. Som en konsekvens av denne mangelen burde tilbudet blitt avvist.

- (25) Valgte leverandør leverte ikke noen dokumentasjon på fuelforbruk, og oppfylte dermed ikke kravspesifikasjonen. Tilbudet skulle derfor vært avvist.
- (26) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen under tildelingskriteriet «Kvalitet». Klager leverer en bedre og mer gjennomarbeidet besvarelse av kravspesifikasjonen, og skulle fått bedre uttelling enn valgte leverandør. Valgte leverandørs besvarelse av kvalitetskriteriet er mangelfull.
- (27) Det anføres at innklagede har antatt et tilbud som må sidestilles med en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (28) Det var ikke i strid med regelverket å avlyse den første konkurransen. Hvilke behov som skulle løses gjennom anskaffelsen ble endret underveis i konkurransen, etter dialog med alle leverandørene. Det ble da klart for innklagede at det var behov for fleksibilitet i propulsjonssystemet. Det ville utgjort en vesentlig endring å ta dette inn i konkurransegrunnlaget, og konkurransen måtte derfor avlyses.
- (29) Klagers tilbud i den andre konkurransen ble opprinnelig avvist fra konkurransen, men innklagede valgte å omgjøre avvisningen og ta klagers tilbud inn i konkurransen igjen.
- (30) Det må anses som en åpenbar feil at kostnadskriteriet ble vektet med 50 prosent i kunngjøringen, og at opplysningene i konkurransegrunnlaget var riktig.
- (31) Innklagede bestrider ikke at valgte leverandørs tilbud manglet pris for sin serviceavtale, men har vurdert at dette ikke er et vesentlig avvik. Prisen på serviceavtalen utgjør en svært liten del av totalprisen, og i evalueringen inngår pris for et års service. Innklagede har prissatt mangelen i valgte leverandørs tilbud med den årlige serviceprisen som klager har tilbudt.
- (32) Valgte leverandørs tilbud skulle ikke vært avvist, som følge av manglende dokumentasjon av fuelforbruk. Manglende oppfyllelse av dette kriteriet var ikke avvisningsgrunn, men vil heller gi trekk i evalueringen.
- (33) Innklagede har ikke brutt regelverket ved evalueringen under tildelingskriteriet «Kvalitet».
- (34) Konkurransen er kunngjort i tråd med regelverket, og det foreligger ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Konkurransen er kunngjort med ordinær tilbudsfrist i samsvar med forskriften §§ 21-2 (1) og 20-2 (1).

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av en arbeidsbåt, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 12 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avlysning av første konkurranse

- (36) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avlyse den første konkurransen.
- (37) Det følger av forskriften § 25-4 (1) at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger «saklig grunn». Om det foreligger saklig grunn, avhenger av en totalvurdering av omstendighetene på tidspunktet for avlysningen. Det skal blant annet legges vekt på når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som ligger til grunn for avlysningen og hva oppdragsgiver ønsker å oppnå, jf. HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen).
- (38) Illojale hensikter, som å lyse ut en konkurranse for å teste markedet, og andre rene misbrukstilfeller av anskaffelsesregelverket er i kjernen av avlysningsgrunner som ikke er saklige, jf. HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen) avsnitt 86, Rt-2001-473 side 481 og LF-2018-82338. Vurderingen av om det foreligger «saklig grunn», må ta utgangspunkt i situasjonen slik den fremstod på tidspunktet for avlysningen, uten hensyn til om oppdragsgiver kan bebreides for å ha havnet i den aktuelle situasjonen, jf. også Halvard Haukeland Fredriksen i «Høyesteretts dom i Fosen-linjen: Stor ståhei om status quo?», TfR 2020 s. 319.
- (39) Årsaken til avlysningen var at innklagede underveis i konkurransen og forhandlingene fant ut at fleksibilitet i propulsjonssystemet var viktig for å kunne drive den forskningen og undervisningen innklagede ønsket.
- (40) I LF-2018-82338 (Prosjektbygg) kom Frostating lagmannsrett til at det forelå saklig grunn til å avlyse en konkurranse blant annet som følge av endrede forutsetninger om drift i bygget under kontraktperioden og nye opplysninger om brannsikkerhet. Dette til tross for at lagmannsretten mente oppdragsgiverens planlegging hadde vært mangelfull. Om kravet til planlegging uttalte lagmannsretten:

«Når den mangelfulle planleggingen fra kommunens side ikke har fått utslagsgivende betydning i favør Prosjektbygg AS, har dette sammenheng med flere forhold. Dels at man i relasjon til en senere adgang til å avlyse ikke bør legge for strenge mål på evnen og muligheten til å planlegge. Terskelen for å avlyse bør være forholdsvis lav, og det vil man ikke kunne oppnå dersom det stilles strenge krav til planlegging og forutseenhet. Dels er det lagt vekt på at enkelte opplysninger synes å ha vært av ny art, så som asbest i ventilasjonsanlegget, og usikkerheten som oppsto om hvorvidt Prosjektbygg AS hadde planlagt med full drift. Det er også lagt vekt på at Høgskulen krevde erstatningslokaler som følge av en økende bekymring for hva byggarbeidene ville føre med seg, selv om disse bekymringene for en stor del var knyttet til allerede kjente forhold. Utflytting og leie av lokaler ville endret premissene for hele konkurransen.»

- (41) Innklagede har forklart at behovet for å ta høyde for tilgang til propulsjonssystemet, først ble oppdaget etter at de forsøkte å få tilgang til propulsjonssystemet utenom anskaffelsen av arbeidsbåten gjennom sin korrespondanse med Volvo. Dette underbygges av opplysningene innklagede ga til leverandørene underveis i gjennomføringen av konkurransen. Det at det ikke var stilt krav om tilgang til propulsjonssystemet i kravspesifikasjonen, må anses som en saklig grunn til å avlyse konkurransen. Innklagede har gjengitt tilbakemeldingen fra en av tre leverandører som hadde inngitt tilbud og deltok i forhandlingene hvor leverandøren ga tilbakemelding om at det ikke var mulig for denne leverandøren å oppfylle dette kravet. Endringen hadde dermed betydning for hvem som kunne delta i anskaffelsen og det var en vesentlig endring. Oppdragsgiver kunne dermed

ikke lovlig fortsette anskaffelsen med den aktuelle endringen, og det forelå saklig grunn til å avlyse.

- (42) Innklagede hadde etter dette saklig grunn til å avlyse den første konkurransen.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (43) Når det gjelder gjennomføringen av den andre konkurransen, vil klagenemnda først ta stilling til klagers anførsel om at innklagede har antatt et tilbud som må sidestilles med en ulovlig direkte anskaffelse.
- (44) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (45) I dette tilfellet er anskaffelsen kunngjort, men klager anfører at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse da tilbudet fra valgte leverandør har vesentlige avvik. I hvilken utstrekning endringer underveis i anskaffelsesprosessen kan medføre at oppdragsgiver foretar en ulovlig direkte anskaffelse er drøftet i NOU 2024:9 punkt 32.7.2. Utvalget legger til der til grunn at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse dersom endringene underveis i prosessen er så store at det reelt sett er snakk om en annen konkurranse enn den som opprinnelig var kunngjort. Tilsvarende må etter nemndas oppfatning gjelde for vurderingen av å akseptere et tilbud med vesentlig avvik. Nemnda kan ikke se at man i denne anskaffelsen er i nærheten av en slik grense.

Motstridende opplysninger om tildelingskriterienes vekt

- (46) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4, ved at det var gitt motstridende informasjon om tildelingskriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.
- (47) I kunngjøringen var det angitt at tildelingskriteriet «*Kvalitet*» var vektet 50 prosent, «*Fuelforbruk*» 25 prosent og «*Totalpris på båt*» 50 prosent.
- (48) Den totale vektingen av tildelingskriteriene ville blitt over 100 prosent hvis man la til grunn opplysningene i kunngjøringen. Kunngjøringen inneholdt dermed en åpenbar feil. I konkurransegrunnlaget var det angitt at kvalitetskriteriet var vektet 50 prosent, mens fuelforbruk og totalpris var vektet 25 prosent hver, som til sammen gir en vekt på 100 prosent.
- (49) Selv om det foreligger motstrid mellom opplysningene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, fremgikk det etter nemndas vurdering tilstrekkelig klart hvilken vekt tildelingskriteriene hadde. Det foreligger derfor ikke et brudd på prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4.

Avvisning av klagers tilbud

- (50) Klagers tilbud ble først avvist fra konkurransen som følge av at det oversteg konkurransens budsjett. Avvisningen ble senere trukket tilbake, fordi det var usikkert om fartøyet var fritatt merverdiavgift eller ikke. Hvis båten var fritatt merverdiavgift, overskred ikke klagers tilbudspris budsjettet på en slik måte at innklagede mente det ga grunn til å avvise tilbudet.

- (51) Sett hen til at avvisningen ble opphevet og klagers tilbud ble evaluert i konkurransen, finner ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til om avvisningen var urettmessig.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (52) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som følge av at det ikke var oppgitt en pris for serviceavtale.
- (53) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b, at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som inneholder «vesentlige avvik» fra anskaffelsesdokumentene. Avvik foreligger som nevnt dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten, inkludert kravspesifikasjonen. For å avgjøre om det foreligger et avvik, skal tilbudet tolkes objektivt i lys av konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget tolkes for å klargjøre hvilke krav som er stilt, og tilbudet tolkes for å undersøke om tilbudet tilfredsstiller disse kravene.
- (54) Det følger av forskriften § 23-3 (2) at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet. I rettspraksis er det med henvisning til NOU 2014:4 s. 203 lagt til grunn at det ved tolkningen av tilbud gjelder et presumsjonsprinsipp med et snevert anvendelsesområde, og at uklarhetsregelen medfører at det minst fordelaktige tolkningsalternativet for leverandøren skal velges, jf. blant annet LB-2014-156469 og LH-2020-178227.
- (55) I kravspesifikasjonen var det oppstilt et A-krav om serviceavtale på tilbudt fartøy i garantitiden. Valgte leverandør krysset av «Ja» for oppfyllelse av kravet. I kommentarfeltet knyttet til kravet hadde valgte leverandør angitt følgende:

«Skarvåg utarbeider en service og vedlikeholdsplan og avtaler med et verksted i nærheten av dere som kan utføre servicearbeidet i henhold til våre anbefalinger. Kostnader på dette må avtales nærmere med det valgte verkstedet. Skarvåg gjør dette kostnadsfritt.»

- (56) Den aktuelle formuleringen kan forstås slik at valgte leverandør ikke tilbød en serviceavtale, men ville formidle kontakt med et aktuelt verksted som kunne levere dette. En slik forståelse er naturlig sett i lys av at det ikke var oppgitt pris på serviceavtale i valgte leverandørs tilbud, i strid med føringene i prisskjemaet. I den grad valgte leverandørs tilbud er uklart fordi det var krysset av «Ja» for oppfyllelse av kravet, fører uklarhetsprinsippet til at valgte leverandørs tilbud må tolkes slik at tilbudet inneholder et avvik fra kravet om å tilby en serviceavtale.
- (57) Det neste spørsmålet er om avviket er vesentlig.
- (58) Avvik fra krav som etter konkurransegrunnlaget må forstås som absolutte, vil normalt anses vesentlige uten en nærmere vurdering av avvikets størrelse og betydning, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2019/567 avsnitt 26 og LE-2014-96767. I foreliggende sak fremgikk det også eksplisitt av kravspesifikasjonen at tilbud som ikke tilfredsstilte alle absolutte krav ville bli avvist. Dette innebærer at avvik fra A-kravene alltid ville anses som vesentlige, uansett størrelsen og viktigheten av kravet sett opp mot den konkrete anskaffelsen. Selv om avvisning av valgte leverandørs tilbud som følge av avvik fra kravet om serviceavtale kan fremstå strengt, kan ikke nemnda se at det er grunnlag for å gjøre unntak fra at oppdragsgiver må avvise tilbud med avvik fra krav som man på forhånd har angitt som absolutte. Innklagede kan dermed ikke høres med at

avviket ikke er vesentlig fordi prisen på serviceavtalen vil utgjøre en liten del av totalprisen.

- (59) Klagenemnda har etter dette kommet til at avviket i valgte leverandørs tilbud var vesentlig. Tilbudet skulle derfor vært avvist, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (60) Sett hen til resultatet klagenemnda har kommet til, finner ikke nemnda grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler. Bruddet på regelverket gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemnds forskriften § 13.

Konklusjon:

Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet har brutt forskriften § 24-8 (2) bokstav b, ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur