



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av brannbåt. Klagenemnda konkluderte med at innklagede ikke hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 12. september 2024 i sak 2024/1043

Klager: Hatløy Maritime AS

Innklaget: Kinn kommune

Klagenemndas medlemmer: Hallgrim Fagervold, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

(1) Kinn kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 21. februar 2024 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av brann- og redningsbåt til Kinn brann og redning. Anskaffelsens verdi var estimert til 2,8 millioner kroner. Tilbudsfrist var 28. mars 2024.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 var det stilt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet:

«Det vert kravd at leverandøren har økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget. Minimumskrav er at leverandøren er kredittverdig, med kredittverdig menes: Score på tilfredstillende eller betre på minst to av kriteriene soliditet, likviditet og lønnsomhet.

Tildelingskriteriene i konkurransen var kostnad, kvalitet og miljø. Kostnad og kvalitet skulle vektes med 40 prosent hver, og miljø skulle vektes med 20 prosent.»

(3) Det fremgikk av tildelingskriteriet kvalitet at:

«• Under dette kriteriet vurderer ein:

- Brukarvenleg og hensiktsmessige løysingar*
- Kvalitet på tilbydde materialar og komponentar, til dømes radar, ekkolodd, skjermar, kamera, lys mv.*
- Vedlikehaldsbehov og garantitid*
- Ivaretaking av sikkerheit».*

(4) Det var stilt opp følgende dokumentasjonskrav til tildelingskriteriet kvalitet:

«• Utfylt behovsspesifikasjon. Alle A-krav skal være oppfylt.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- Tekniske teikningar
 - Datablad for tilbydde produkt
 - Drifts- og vedlikehaldsavtale
 - Referansar til ev. testing».
- (5) Av konkurransegrunnlagets punkt 5.1 om evalueringsmetode fremgikk blant annet at *«Oppdragsgjevar vil vurdere tilboden kvalitet ut over minstekrav i tråd med det som framkjem i kravspesifikasjon.»*
 - (6) I den vedlagte kravspesifikasjonen var det oppstilt en rekke krav i en tabell. Det fremgikk at *«Alle A-Krav skal oppfyllest»*. I tabellen var kravene beskrevet, og det var informert om kravene var A-krav eller B-krav. Videre var det lagt opp til at leverandørene skulle krysse av for om de oppfylte kravene med *«JA»*, *«NEI»* eller *«DELVIS»*, samt en kolonne for *«Beskrivelse av løysing eller henvisning til vedlegg»*.
 - (7) Det fulgte av kravspesifikasjonen punkt 3.25 *«Anker/dregg»* at *«Det skal monterast ankervinsj/dreggvinsj akterut med 10 kg dregg, 5 meter kjetting og 75 meter tau til egen ankring. Vinsj skal ha frislipp. Plassering etter avtale med oppdragsgivar»*. Kravet var merket som kravstype *«A»*.
 - (8) Det fremgikk av kravspesifikasjonen punkt 6.1 *«Generelt instrumentpanel»* at *«Instrumentpanelet skal være oversiktleg og innehalde alle viktige funksjoner for drift og manøvrering av båt og motorar. Knappar, brytarar og andre betjeningsanordningar skal være av god kvalitet og berekna for maritimt miljø og merka med lettfatteleg standardiserte merker/piktogram. Instrumentpanelet skal være opplyst og kunne lysast opp med nattlys av raud farge. I tillegg til alle naudsynte funksjoner skal instrumentpanelet innehalde: Rorindikator, søkelys, termokamera og baugport»*. Kravet var merket som kravstype *«A»*.
 - (9) Det fulgte av kravspesifikasjonen punkt 13.5 *«Batteri»* at *«Brann- og redningsbåten skal utrustast med 2 stk. startbatteri og minst eit forbruksbatteri. Batteri skal være av størrelse tilpassa motorens generator kapasitet. Batteria skal være montert hensiktsmessig med tanke på vedlikehald og tilgjengelegheit. Batteria skal monterast som start- og forbruksbatteri med batteriseparator. Batteria skal ha kapasitetsoverskot i forhold til tilkopla utstyr. Batteria skal monterast i rom med god ventilasjon. 12 volts hovudbrytar skal være plassert hensiktsmessig for rask og lett tilkomst inne i kabin. 1 stk. hovudbrytar per batteri. Kritisk elektrisk utstyr som naudnett og anna bør kunne ha egne kretsar.»* Kravet var merket som *«A»*.
 - (10) Vedlagt anskaffelsesdokumentene var det et dokument med navn *«Tilbydar sine avvik»*. Det fulgte av dokumentet at *«Dersom tilbodet inneheld avvik frå anskaffingsdokumentene skal dette oppgis samla i dette vedlegget.»* I vedlegget skulle det fylles ut en tabell med blant annet forslag til endring, begrunnelse for endring og konsekvens i pris og framdrift.
 - (11) Innklagede mottok tilbud fra tre leverandører, Hatløy Maritime AS, Kampetorp Marin AS og Smart Maritime AS.

- (12) I Hatløy Maritime AS' tilbud var det opplyst om fire avvik fra krav merket med «A» i kravspesifikasjonen.
- (13) På kravspesifikasjonen punkt 3.25 «Anker/Dregg» hadde klager krysset av på «DELVIS» og opplyste om at de kunne tilby 40 meter tau til egen ankring.
- (14) På kravspesifikasjonen punkt 6.1 «Generelt Instrumentpanel» hadde klager krysset av på «DELVIS», og opplyste om at de ikke kunne tilby rorindikator for utenbordsmotor.
- (15) På kravspesifikasjonens punkt 13.5 «Batteri» krysset klager av på «DELVIS», og opplyste opp at de leverer «ett startbatteri (120A) og ett forbruksbatteri (120A)».
- (16) Kampetorp Marin AB ble avvist fra konkurransen 11. april 2024 på grunn av at de ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet.
- (17) Avvisningsbeslutningen ble påklaget av Kampetorp Marin AB i e-post 12. april 2024.
- (18) Ved tildelingsbeslutning 15. april 2024 ble Hatløy Maritime AS tildelt kontrakt.
- (19) Ved omgjøringsbeslutning av 22. mai 2024 ble Kampetorp Marin AB tildelt kontrakt.
- (20) Omgjøringen ble påklaget av Hatløy Maritime AS (heretter «klager») 30. mai 2024.
- (21) I brev datert 19. juni 2024 konkluderte innklagede igjen med at Kampetorp Marin AB måtte avvises grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet.
- (22) Klager ble samme dag meddelt at klager sitt tilbud måtte avvises grunnet vesentlig avvik fra kravene i kravspesifikasjonen. Avvisningsbeslutningen ble begrunnet med at klager ikke oppfylte tre minstekrav. Innklagede informerte også om at den tredje leverandørens tilbud hadde blitt avvist, og at konkurransen dermed måtte avlyses.
- (23) Klager påklaget avvisningen 24. juni 2024.
- (24) Innklagede opprettholdt avvisningen i brev datert 26. juni 2024, og konkurransen ble avlyst ettersom samtlige tilbydere hadde blitt avvist.
- (25) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 8. juli 2024.
- (26) Innklagede avventer en eventuell ny konkurranse til saken er avgjort av klagenemnda.
- (27) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. september 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (28) Innklagede har brutt med forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften § 23-6 (3) og ettersendingsadgangen i forskriften § 23-5 ved å ha omfattende skriftlig dialog med Kampetorp Marin AB etter at tilbudsfristen var løpt ut og tillate ettersending av ny dokumentasjon.

- (29) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b ved å avvise klager grunnet påståtte vesentlige avvik. Det fremgår ikke tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at det er tale om absolutte krav og det foreligger uansett ikke et vesentlig avvik. Når det gjelder krav 3.25 og antall meter tau, var kjetting-kassen ikke stor nok for 70 meter og det har aldri tidligere vært behov for 70 meter tau, dette er dermed uten betydning for båtens funksjoner. Når det gjelder krav 6.1 og rorindikator i instrumentpanelet, var det også uten betydning ettersom man har god utsikt bak i båten og kan se motorene. Når det gjelder krav 13.5 og startbatteri, har Honda-motorene lader med 40A. Dette tilsier at det aldri vil være problem med strøm. Samlet dreier det seg om marginale og helt betydningsløse avvik. Avvikene har ikke betydning for noen av brannbåtens funksjoner. Avvikene medfører heller ikke forrykning av konkurransen.
- (30) For det tilfelle at klagenemnda skulle konkludere med at det var riktig å avvise klager, har innklagede brutt med anskaffelsesforskriften § 24-10 (1) ettersom dette skulle vært gjort på et langt tidligere tidspunkt. Klager har krav på erstatning for de kostnader som er påløpt i forbindelse med klageprosessen knyttet til kommunens tildeling til Kampetorp Marin AB.
- (31) Det bes om at klagenemnda tar stilling til om vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse er oppfylt. Det vises til at klager uten tvil ville ha blitt tildelt kontrakten.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (32) Klager har ikke saklig klageinteresse i å få spørsmålet om ulovlig avklaring vurdert. Selv for det tilfelle at klagenemnda skulle komme til at klager med urette er avvist, anses vilkåret om saklig klageinteresse hva gjelder anførselen om ulovlige avklaringer ikke for oppfylt.
- (33) Avvisningen av tilbudet fra klager er rettmessig. Det fremstår tilstrekkelig klart at det dreier seg om absolutte krav som vil føre til avvisning ved manglende oppfyllelse. Det bemerkes også at det var stilt krav om 75 meter tau fordi det mange steder nært land går bratt ned, og det dreier seg om et værhardt område. Dersom man får motorstans, må det være mulig å ankre opp for å unngå å bli knust mot skjær og fjell.
- (34) Innklagede er enig i at avvisningen burde skjedd på et tidligere tidspunkt, men deler ikke oppfatningen om at klager har brukt mye tid og ressurser på å få kommunen til å konkludere med at Kampetorp Marin AB skulle vært avvist.
- (35) Det er ikke foretatt ulovlige avklaringer. Kampetorp Marin AB la på eget initiativ ved en ny resultatrapport, som kommunen ikke hadde bedt om. Denne ble ikke vurdert i den fornyede vurderingen av om kommunen hadde lagt feil faktum til grunn, basert på dokumentasjon som var vedlagt tilbudet, etter påpekning fra Kampetorp Marin AB. Det samme gjelder opplysningene om økt egenkapital. Det er også nedfelt i anskaffelsesprotokollen punkt 1.11 at det var dokumentene som lå ved tilbudene som var grunnlaget for den fornyede vurderingen.

Klagenemndas vurdering:

Saklig klageinteresse

- (36) Konkurransen gjelder anskaffelse av brannbåt som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 2,8 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. Klagen er rettidig.
- (37) Innklagede anfører at klager ikke har saklig klageinteresse for anførselen om at de har foretatt en ulovlig avklaring med en av leverandørene i konkurransen.
- (38) Klager har deltatt i konkurransen, og har i utgangspunktet saklig klageinteresse i saken. Spørsmålet om ulovlig avklaring gjelder imidlertid forhold ved en leverandør som er avvist grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Det er ikke omtvistet at denne leverandøren skulle vært avvist, og klager har dermed ingen reell eller aktuell interesse i å få avklart spørsmålet. Anførselen blir derfor avvist fra behandling i nemnda på grunn av manglende saklig klageinteresse.

Avvising av klagers tilbud

- (39) Klagenemnda vil i det følgende ta stilling til om klager skulle vært avvist fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av krav i kravspesifikasjonen.
- (40) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiveren «skal» avvise et tilbud som *«inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene»*.
- (41) Avvik foreligger i utgangspunktet dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til anskaffelsesdokumentene, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror på en tolkning av tilbudet i lys av anskaffelsesdokumentene. Utgangspunktet for tolkningen av anskaffelsesdokumentene er hvordan det fremstår for rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se for eksempel Høyesterett sin avgjørelse i HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 51.
- (42) Det fremgikk av dokumentasjonskravet til tildelingskriteriet kvalitet at *«Alle A-krav skal være oppfylt»*. Videre fulgte det av konkurransegrunnlagets punkt 5.1 om evalueringsmetode at kvalitet ville bli vurdert ut over *«minstekrav i tråd med det som framkjem i kravspesifikasjon.»*
- (43) Det fremgikk også av kravspesifikasjonen at *«Alle A-Krav skal oppfyllest»*. Videre var det lagt opp til at leverandørene skulle krysse av for om de oppfylte kravene med *«JA»*, *«NEI»* eller *«DELVIS»*, samt en kolonne for *«Beskrivelse av løysing eller henvisning til vedlegg»*.
- (44) Det fulgte av kravspesifikasjonen punkt 3.25 at det skal monteres *«ankervinsj/dreggvinsj akterut med 10 kg dregg, 5 meter kjetting og 75 meter tau til egen ankring.»* I klagers tilbud var det krysset av på *«DELVIS»* på dette kravet, og klager opplyste om at de kunne tilby 40 meter tau til egen ankring.
- (45) Det fremgikk av kravspesifikasjonen punkt 6.1 at instrumentpanelet blant annet skal inneholde rorindikator. Klager hadde også her krysset av for at de delvis oppfylte kravet, og opplyste om at de ikke kunne tilby rorindikator for utenbordsmotor.
- (46) Det fulgte av kravspesifikasjonen punkt 13.5 at *«Brann- og redningsbåten skal utrustast med 2 stk. startbatteri og minst eit forbruksbatteri.»* Klager krysset også her av for at de

delvis oppfylte kravet, og informerte om at de kunne tilby «*ett startbatteri (120A) og ett forbruksbatteri (120A)*».

- (47) Alle de aktuelle kravene var merket som A-krav.
- (48) På disse tre punktene i kravspesifikasjonen har klager tilbudt noe annet enn det som var beskrevet, og tilbudet avviker dermed fra anskaffelsesdokumentene. Spørsmålet blir om avvikene er vesentlige og dermed gir grunnlag for avvisning.
- (49) Ordlyden «*vesentlig*» taler for at avviket må være av en viss størrelse eller betydning for at det skal oppstå en avvisningsplikt. Ved vurderingen av om avviket er vesentlig, må det blant annet ses hen til hvor stort avviket er, viktigheten av forholdet det avvikes fra, og i hvilken grad avviket vil kunne forrykke konkurransen, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2024/464 med videre henvisninger. Avvik fra krav som er angitt som «*absolutte*» eller lignende vil som et klart utgangspunkt anses som vesentlige, se blant annet lagmannsrettens avgjørelse i LB-2017-94201. Dersom tilbudet inneholder flere forbehold som hver for seg ikke er vesentlige, kan de samlet likevel føre til at tilbudet må avvises, se for eksempel LH-2020-140680.
- (50) Det fulgte både av dokumentasjonskravet til tildelingskriteriet kvalitet, og av selve kravspesifikasjonen at «*Alle A-krav skal være oppfylt*».
- (51) Det var ikke eksplisitt angitt at manglende oppfyllelse av A-kravene ville føre til avvisning. Ordlyden «*skal være oppfylt*» taler likevel for at leverandørenes tilbud måtte oppfylle kravene for å være med i konkurransen. Formuleringen om at kvalitet ville bli vurdert ut over «*minstekrav i tråd med det som framkjem i kravspesifikasjonen*» underbygger også dette. Kravene oppgitt som A-krav i konkurransen fremstår dermed som minstekrav eller absolutte krav. Avvik fra slike krav anses som et klart utgangspunkt som vesentlige avvik, og klagenemnda kan ikke se at det foreligger forhold som tilsier at avvik fra A-kravene ikke skulle resultere i avvisning i denne saken. Innklagede opptrådte dermed ikke i strid med anskaffelsesregelverket ved å avvise klagers tilbud.
- (52) Klager anfører at for det tilfelle at klagenemnda skulle konkludere med at det var riktig å avvise klager, har innklagede brutt med anskaffelsesforskriften § 24-10 (1) ettersom dette skulle vært gjort på et langt tidligere tidspunkt.
- (53) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-10 (1) at «*oppdragsgiver skal ta stilling til spørsmålet om avvisning snarest mulig*». Avvisning kan skje på ethvert tidspunkt i konkurransen når det viser seg at vilkårene er oppfylt, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2022/736. Selv om innklagede med fordel kunne ha avvist klager fra konkurransen på et tidligere tidspunkt, noe de også har erkjent, utgjør ikke denne i seg selv et brudd på regelverket.
- (54) I henhold til klagenemndas praksis, tas det ikke stilling til eventuelle erstatningsspørsmål.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik.

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur