



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling angående automasjonsarbeider ved bygging av fjernvarmesentral. Klagenemnda fant at forsyningsforskriften fikk anvendelse da det i tilbudsinvitasjonen var sagt at anskaffelsen var omfattet av lov om offentlige anskaffelser og av forsyningsforskriften. Klagenemnda fant at det forelå brudd på kravet til likebehandling ved at det i konkurransegrunnlaget ble tatt forbehold om endringer, og at dette siden slo negativt ut for én leverandør uten at det ble forhandlet om forholdet. Videre la klagenemnda til grunn at forsyningsforskriften § 30 (1) og kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet var brutt ved at det ble lagt vekt på kriterier som ikke klart var oppgitt i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen. Klagenemnda kom også til at forsyningsforskriften § 31 første ledd var brutt ved at innklagede unnlot å fastsette klagefrist.

Klagenemndas avgjørelse 9. oktober 2006 i sak 2005/187

Klager: IKM Gjersetth Elektro AS

Innklaget: Skagerak Varme KS

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Forsyningsforskriften. Klarhetskrav med hensyn til beskrivelse av ytelsen. Vektlegging av tildelingskriterier som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget. Unnlatelse av å sette klagefrist.

Bakgrunn:

- (1) En veiledende kunngjøring som omfattet konkurranse med forhandling om automasjonsarbeider ved bygging av fjernvarmesentral på Herøya, ble sendt inn til Norsk Lysingsblad 29. september 2004. Frist for å sende forespørsel om å delta i automasjonskonkurransen ble etter kunngjøringen satt til 28. oktober 2004. På bakgrunn av kunngjøringen sendte klager en forespørsel om å delta i konkurransen, og mottok deretter tilbudsinvitasjon og konkurransegrunnlaget for konkurransen.
- (2) I tilbudsinvitasjonen av 15. april 2005 fremgår det under punkt ”2.5 Anskaffelsesprosedyre” at:

”Anskaffelser til Kjøper er regulert av Lov om off. anskaffelser av 16. juli 1999 med Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen forsyningssektorene av 16. desember 1994

Anskaffelsesprosedyre for denne forespørselen er kjøp etter forhandling.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Kjøper forbeholder seg retten til å forhandle nærmere med en eller flere tilbydere om vilkårene for kjøpet, anta hvilket som helst av tilbudene helt eller delvis, eller forkaste samtlige tilbud.

- (3) Videre heter det i punkt "2.7 Evalueringskriterier" at

"Tilbudet må oppfylle alle vilkårene i forespørselen. Kjøper vil basere tildeling av leveransen på en samlet vurdering av det økonomisk mest fordelaktige tilbud som oppfyller de oppsatte krav og bli evaluert ut fra følgende overordnede kriterier:

- Evnen til å møte kjøpers krav.*
 - Evnen til å møte oppsatt leveringstidspunkt*
 - Pris / kostnad*
- Ovennevnte kriterier er listet opp i uprioritert rekkefølge."*

- (4) Om frekvensomformere står det følgende i den tekniske beskrivelsen:

"6 MOTORSTARTERE OG FREKVENSSOMFORMERE

Det skal leveres egne skap med motorstartere/frekvensomformere i henhold til vedlagte motorliste. Signaler for styring av motorer og frekvensomformere er angitt i signallisten.

Motorlisten er foreløpig. Endelige størrelser og omfang på motorer må avklares før bygging."

- (5) Innklagede mottok tilbud fra fire leverandører. Tilbudene ble vurdert av konsultentselskapet Norsk Energi. En innledende vurdering eliminerte to tilbud, mens klagers og den valgte leverandørs tilbud gikk videre til en mer nøyaktig vurdering.

- (6) Den videre sammenligningen av disse to tilbudene falt slik:

"I prissammenstillingstabellen under er priser korrigert for følgende:

- Prisblad mangler 2 stk differansetrykkfølere og det er tatt med to ekstra temperaturfølere. Dette er avvik i fra instrumentlisten og er korrigert (Elmatikk har ført priser rett i instrumentlisten og fått korrekt antall).*
- For å forenkle drift og vedlikehold av varmesentralen er det besluttet at det skal benyttes samme motorspenning 500 V og frekvensomformere som Yara har i dag (enklere for vedlikeholdspersonal å sette seg inn i samtidig som det eksisterer reservelager på Yara). Estimert priskonsekvens for frekvensomformere er oppgitt i tabellen. (Priskonsekvens er estimert med basis i at de to tilbyderne har samme pris for reguleringsventiler, tilbudt fra leverandør. Trolig er også påslag for frekvensomformere likt, dette er forutsatt i prissammenstilling).*
- For instrumentering er det omtrent likt nivå på leveransen med unntak av trykkfølere. Her er det en kvalitets og prisforskjell. Ved eventuell forhandling vil kunde kreve samme kvalitetsnivå uavhengig av leverandør. Pris er derfor kompensert for å få sammenlignbare tilbud.*

- *I tillegg til kontraktssum er det stor sannsynlighet for at det vil bli utført noe tillegg etter medgått tid. For å ta høyde for dette er det estimert en kostnad for 90 timers ekstraarbeid (30 timer for prosjektleder, 30 timer for programmerer og 30 timer for prosjektering) inklusive 3 oppmøter på plassen. For hvert oppmøte på plass vil IKM bruke en reisetid på 2,5 timer tur/retur + ekstra reisegodtgjørelse. Merkostnad for dette er 690kr/time 2,5 + 3 kr/km*3,3 = 2451,- kr pr oppmøte i Porsgrunn.*
- *Nederst i tabellen er det også oppgitt en post for økte kostnader for byggherre ved koordineringsarbeid. Denne kostnadsposten går delvis på evne til å møte kjøpers krav. Elmatikk har erfaring med utarbeidelse av tilsvarende SRO systemer for fjernvarme og kan vise til flere anlegg som fungerer bra. IKM har erfaring med flere relevante anlegg, men de har ikke utarbeidet systemer for fjernvarme tidligere. De er sikkert i stand til å utarbeide et godt system, men erfaring tilsier at det blir noe mer koordineringsarbeid for byggherren før systemet er implementert. For dette er det kompensert for et merarbeid på 60 timer a 700 kr/time. Posten har ikke tatt høyde for eventuelle følgekonskvenser ved problemer ved idriftsettelse.*

<i>Prissammenstilling</i>	<i>IKM</i>	<i>Elmatikk</i>
<i>Opprinnelig</i>	<i>1 414 500</i>	<i>1 571 637</i>
<i>2 stk diff trykk</i>	<i>17588</i>	
<i>2 stk temp</i>	<i>-2696</i>	
<i>Endring av frekvensomformere til Yara standard</i>	<i>84812</i>	
<i>Kompensering på verdi av trykktransmittere</i>		<i>-12114</i>
<i>Kostnad 90 timer utover arbeidsspesifikasjon</i>	<i>67560</i>	<i>56400</i>
<i>Sum korrigert tilbudspris ekskl byggherre kostnad</i>	<i>1 581 764</i>	<i>1 615 923</i>
<i>Økt koordinering for byggherre 60 timer a 700 kr/time</i>	<i>42000</i>	
<i>Sum korrigert tilbudspris inkl byggherre kostnad</i>	<i>1 623 764</i>	<i>1 615 923</i>

”

(7) Leverandørens evne til å møte kjøpers krav ble videre vurdert slik:

”Elmatikk har en referanseliste, der tilsvarende prosjekter er utført tidligere. De har også utført arbeider på Herøya Industripark og kan tilby en prosjektleder som har arbeidet på Fullgjødse 4 og kjenner organisasjonen der. Evnen til å levere og idriftsette SD-anlegg i henhold til spesifisering, med bra brukergrensesnitt og minimum av feil ansees derfor å være god.

IKM har mye erfaring med trafikkstyringsanlegg og noe erfaring fra Energis energigjenvinningsanlegg. De har ikke tidligere levert styresystemer for fjernvarmesentraler. IKM er trolig i stand til å tilfredsstille kjøpers krav, men risiko for at det må gjøres opprettinger før anlegget kan ansees som ferdig er større enn for Elmatikk. Dette vil i så fall også få konsekvenser for leveringstiden.

Basert på vurderingen over ansees Elmatikk å ha det mest fordelaktige tilbudet for byggherren. Vi anbefaler at det avholdes avklaringsmøte med Elmatikk der tilbudet går gjennom og der en gjør justeringer for å optimere tilbudet.”

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (8) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (9) Etter klagers oppfatning gjelder forsyningsforskriften for denne anskaffelsen.
- (10) Klager hevder at det har funnet sted forskjellsbehandling i strid med forsyningsforskriften § 13 idet det er lagt vekt på at en leverandør er lokal og godt kjent av innklagede. Klager mener at det forsterker følelsen av forskjellsbehandling at klager, som hadde det laveste anbudet, ikke ble innkalt til forhandling.
- (11) En annen anført feil er at hovedbegrunnelsen for at klager ikke fikk jobben, var at klager valgte utstyr av et annet fabrikat enn innklagede ønsket. Det var ikke opplyst om dette kriteriet i forespørselen, og det ville også være i strid med forsyningsforskriftens § 15 å opplyse om det.
- (12) Klager anfører også at det muntlig er oppgitt som begrunnelse at klager har mindre erfaring enn den valgte tilbyderer. Klager hevder at dette kriteriet er kommet i ettertid, og at innklagede derfor har ansett klager for mindre kvalifisert enn konkurrentene. For dette er klagers tilbud av innklagede gitt et pristillegg for mulig koordineringsarbeid. Dette var det ifølge klager ikke anledning til.
- (13) Klager opplyser å ha hatt lavest pris. Siden det ikke var anledning til å "korrigere" prisen som innklagede har gjort, anfører klager at klagers tilbud var økonomisk mest fordelaktig slik at innklagede har handlet i strid med forsyningsforskriften § 30 ved å velge en annen tilbyder.
- (14) Klager hevder at forsyningsforskriftens § 31 er brutt ved at det ikke er gitt noen klagefrist på tildelingsbeslutningen.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (16) Innklagede tolker lov om offentlige anskaffelser § 2 første ledd bokstav C nummer 1 slik at innklagede er underlagt lov om offentlige anskaffelser. Innklagede benekter imidlertid at forsyningsforskriften gjelder for denne anskaffelsen idet anskaffelsesverdien er under terskelverdien. Innklagede har fått konsesjon til å bygge ut fjernvarme i Porsgrunn. Samlet budsjett for hele utbyggingen er 54 millioner kroner. Etter forsyningsforskriften § 12 (11) kan kontrakter for opptil 20 % av prosjektets verdi unntas fra forskriften. Den aktuelle anskaffelsen, "Forespørsel Automasjon – Fjernvarmesentral Herøya", er i følge innklagede en av flere anskaffelser der samlet verdi ikke overstiger 20 % av prosjektets totalverdi, og anskaffelsen er derfor unntatt fra forsyningsforskriften.
- (17) Innklagede anfører videre at det ikke ble utlyst en anbudskonkurranse, men en tilbudskonkurranse med forhandling.

Klagenemndas vurdering:

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

Forsyningsforskriftens regler for kjøp etter forhandling gjelder for denne anskaffelsen

- (19) Det er enighet om at lov om offentlige anskaffelser gjelder, jf § 2 1. ledd bokstav c. Innklagede har imidlertid anført at forsyningsforskriften ikke gjelder denne anskaffelsen idet anskaffelsen er omfattet av unntaket i forsyningsforskriften § 12 (11).
- (20) Etter klagenemndas oppfatning kan innklagede ikke påberope seg dette unntaket i etterkant. Når innklagede i konkurransegrunnlaget har opplyst at anskaffelsen er regulert av forsyningsforskriften, følger det av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at innklagede plikter å følge disse, jf klagenemndas avgjørelse i sakene 2003/146, 2003/267 og 2005/64. Dersom innklagede mente at anskaffelsen var omfattet av unntaket i forsyningsforskriften § 12 (11) måtte innklagede la dette komme klart fram. Forsyningsforskriften kommer derfor til anvendelse på den påklagede anskaffelsen.
- (21) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at anskaffelsesprosedyren er kjøp etter forhandling og at tildeling skal skje på bakgrunn av en samlet vurdering av det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Forskjellsbehandling

- (22) Klager har anført at innklagede i strid med forsyningsforskriften § 13 (1) har vektlagt at en leverandør er lokal og godt kjent av innklagede. Klagenemnda har på bakgrunn av dokumentasjonen i saken ikke tilstrekkelig faktisk grunnlag for å ta stilling til denne påstanden.

Henvisning til bestemte fabrikater

- (23) Klager har videre anført at innklagede har vektlagt utstyr av annet fabrikat enn klagers uten at det var opplyst i tilbudsinnbydelsen at fabrikat var et kriterium for utvelgelse. Ut fra sakens dokumenter legger klagenemnda til grunn at innklagede kun la vekt på motorspenningen, og ikke på motorens fabrikat. Det er derfor ikke grunn til å konstatere brudd på forsyningsforskriften § 15.

Klarhetskravet

- (24) Derimot har betydningen av motorspenning for innklagedes vurdering av tilbudene etter klagenemndas oppfatning ikke kommet tilstrekkelig klart fram i konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel om at det ikke var anledning til å korrigere prisen slik innklagede har gjort, må blant annet ses på denne bakgrunn.
- (25) Det følger av grunnprinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at det gjelder et klarhetskrav med hensyn til beskrivelsen av ytelsen som skal anskaffes.
- (26) Etter klagenemndas oppfatning har ikke innklagede beskrevet kravet til motorspenningsnivået på frekvensomformerne "på en entydig og dekkende måte"

slik at klarhetskravet utledet av § 5 er oppfylt, jf. klagenemndas formulering i sak 2003/143. I punkt 6 "Motorstartere og frekvensomformere" i den tekniske beskrivelsen i konkurransegrunnlaget heter det at det skal leveres "frekvensomformere i henhold til vedlagt motorliste". Punktet avsluttes med en reservasjon om at "[m]otorlisten er foreløpig. Endelige størrelser og omfang på motorer må avklares før bygging." Når kravet formuleres med en slik reservasjon om endring, vil det ikke være entydig og dekkende på en måte som oppfyller kravet til klarhet slik det følger av grunnprinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet etter § 5. En forutsetning for brudd på klarhetskravet er imidlertid at det må ha vært mulig for innklagede å utforme kriteriet mer presist. Klagenemnda har ikke forutsetninger for å vurdere om dette var mulig for innklagede.

- (27) Når innklagede her har lagt klagers tilbud til grunn uten å åpne for forhandlinger med klager, er det imidlertid uansett i strid med likebehandlingsprinsippet at innklagede lar motorspenningsnivået på frekvensomformerne slå negativt ut for vurderingen av klagers tilbud i forhold til tilbud med annen motorspenning.
- (28) I denne sammenheng er det nærliggende å påpeke at når innklagede øker klagers pris på grunn av tilleggsarbeider som sannsynligvis vil bli bestilt, vil også dette være i strid med likebehandlingsprinsippet når det slår negativt ut for klager, og det ikke er forhandlet om det. Videre bemerkes at innklagede har opptrådt i strid med forsyningsforskriften § 23 (3) ved at det bare er forhandlet med én leverandør. Dette er ikke tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. I tillegg ble klager ekskludert fra forhandlinger på grunn av pris. Siden pris er et moment det alltid kan forhandles om, vil det normalt være i strid med anskaffelsesreglene å ekskludere på dette grunnlaget. Når forskjellen som her er på godt under én prosent, er det i strid med regelverket å ekskludere på dette grunnlaget.

Vektlegging av momenter som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen

- (29) Videre har innklagede justert klagers pris med kr. 42 000,- som følge av manglende erfaring med systemer for fjernvarme. Etter forsyningsforskriften § 30 (1) er det ikke anledning til å legge vekt på andre momenter enn de som fremgår av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen. Hvorvidt et moment anses for å fremgå må ses i sammenheng med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet som følger av lov om offentlige anskaffelser § 5. Disse hensynene hever terskelen for hva som kreves for at et moment skal fremgå, og tilsier at momentet klart må være angitt.
- (30) Etter nemndas oppfatning var betydningen av erfaring med systemer for fjernvarme ikke angitt tilstrekkelig klart i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (31) At erfaring med systemer for fjernvarme skal vektlegges går ikke uttrykkelig fram av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen. Derimot fremgår kriteriet "evne til å møte kjøpers krav" av konkurransegrunnlaget. I tilbudsevalueringen sier innklagede at erfaring "delvis" går på kriteriet "evne til å møte kjøpers krav".

- (32) Kriteriet "evne til å møte kjøpers krav" er uklart, men en naturlig språklig forståelse vil være at det siktes til tilbyders evne til kontraktsoppfyllelse. Selv om erfaring med systemer for fjernvarme vil kunne bedre en slik evne, er denne koblingen etter klagenemndas oppfatning for svak til at erfaring med systemer for fjernvarme kan sies å være angitt tilstrekkelig klart i konkurransegrunnlaget. Formuleringen gir innklagede for vidt spillerom for skjønn til at hensynene i lov om offentlige anskaffelser § 5 ivaretas.
- (33) På denne bakgrunn har innklagede opptrådt i strid med forsyningsforskriften § 30 (1) ved å justere klagers pris på grunn av manglende erfaring med systemer for fjernvarme.

Unnlatelse av å fastsette klagefrist

- (34) Klagers påstand om at innklagede ikke har fastsatt klagefrist ved utsendelse av tildelingsbeslutningen er ikke bestridt av innklagede. Klagenemnda legger derfor til grunn at innklagede har unnlatt å fastsette slik frist. Det foreligger dermed brudd på forsyningsforskriften § 31 første ledd.

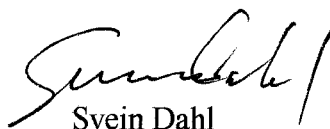
Konklusjon:

Skagerak Varme KS har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved i konkurransegrunnlaget å ta forbehold om endringer og siden la det uavklarte momentet slå negativt ut for én leverandør uten å ha forhandlet med denne.

Skagerak Varme KS har brutt forsyningsforskriften § 30 (1) ved å legge vekt på kriterier som ikke klart er oppgitt i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen.

Skagerak Varme KS har brutt forsyningsforskriften § 31 første ledd ved å unnlate å fastsette klagefrist.

For klagenemnda,
9. oktober 2006



Svein Dahl