



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

AVVISNING AV KLAGE PÅ OFFENTLIG ANSKAFFELSE

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 26. juni 2007. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

Trondheim kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. mars 2007 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av filtre og kileremmer.

I konkurransegrunnlagets punkt 3.10 ble tilbyderne gjort oppmerksom på følgende:

”Leverandøren er klar over at innrømmelser og forpliktelser nevnt i tilbudet, og som er å forstå som en ytelse som er inkludert i prisen, er forpliktende for leverandøren med mindre det klart er tatt reservasjoner i forhold til dette.”

I punkt 3.16 fremgikk det følgende:

”Leverandøren skal på et eget ark i tilbudet opplyse om alle forbehold som tas i forbindelse med dette konkurransegrunnlaget.”

I punkt 5.2 fremgikk det blant annet følgende krav til tilbudene:

”5.2 Kvalitet

1. Produktene som omfattes av avtalen skal være EU-merket. [...]

3. Leverandøren skal legge ved dokumentasjon om kvalitet som inneholder alle nødvendige opplysninger om de produkter som omfattes av avtalen.”

Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fem tilbud, deriblant fra Gunnar Karlsen AS, heretter kalt klager, og Norsk Luft AS.

I tilbudsbrevet fra Norsk Luft AS fremgikk det blant annet følgende:

”Følgende punkt er lest og inneforstått:

Punkt 3.9: Leverandørens uavhengighet

Punkt 3.10 Vedståelsesfrist/ansvar

Punkt 3.16 I hvilken grad tilbudet samsvarer med konkurransegrunnlaget. (Ingen forbehold.)”

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

I tillegg var tilbudet vedlagt testrapport av 26. februar 2004 for tilbudte produkt utarbeidet av VTT Technical Research Centre of Finland.

I anskaffelsesrapport datert 16. april 2007 konkluderte innklagede med at leverandørene var likeverdige under samtlige tildelingskriterier, bortsett fra priskriteriet. Basert på dette ble det innstilt på at leverandøren med den laveste prisen, Norsk Luft AS, ble tildelt kontrakten. Dette ble meddelt tilbyderne i brev av 25. april 2007.

I brev av 30. april fremsatte klager diverse ”anmerkninger” til tilbudsevalueringen, og framhevet at selskapets filtre hadde en betydelig lengre standtid enn valgte leverandørs filtre.

I e-post av 4. mai 2007 fremsatte innklagede følgende avklaringsspørsmål til valgte leverandør:

”Avklaringsspørsmål vedr. deres anbud på filter til Trondheim kommune:

I tilbudet fra Norsk Luft AS er det vedlagt en testrapport (flik 5) utarbeidet av VTT Finland. Vi ønsker å få bekreftet at denne rapporten gjelder de samme filtertyper/filtermateriale som vil bli levert til Trondheim kommune. Dette fordi vi er gjort kjent at Norsk Luft relativt nylig har skiftet leverandør av filtermedium og ønsker derfor å få bekreftet at testrapporten gjelder Norsk Lufts nåværende filtermedium.”

Dette ble besvart på følgende måte av Norsk Luft AS i e-post av 5. mai 2007:

”Jeg kan bekrefte at Norsk Luft AS, tidligere har brukt to leverandører ved kjøp av filtermedia. En leverandør for kjøp av syntet media, og en for kjøp av glassfiber. Når jeg startet min jobb i Norsk Luft AS i 2005, ville jeg sentralisere våre bestillinger til en leverandør for begge typer media, (Syntet og Glassfiber) slik at vi fikk en gunstigere avtale på begge typer. Men når det gjelder glassfibermedia, så er det samme filterprodusent som produserer disse rullene med glassfiber fra vår nåværende leverandør, og tidligere leverandør. Firmaet som produserer dette Glassfiber media heter Johns Manville og holder til i Denver, Colorado, USA. Så filterposene som er brukt på vår test er fra en annen leverandør, men fra samme produsent, og derfor samme type som vi bruker i våre filter i dag.”

Etter dette besvarte innklagede klagers henvendelse på følgende måte i brev av 7. mai 2007:

”Alle tilbudene er vurdert på. bl.a. pris (50 % vekt) og dette er foretatt som en totalvurdering av alle kostnader der også LCC er en del av vurderingen. Filter fra Camfil hevdes å ha en bedre dokumentert støvabsorpsjonsevne enn filtre fra Norsk Luft og derved også en teoretisk mulighet for en lengre standtid i aggregatene. Selv om dette medfører riktighet har vi etter en totalvurdering funnet ut at denne faktoren ikke oppveier differansen i pristilbudet. Dette bla pga at filterskifte ofte foretas etter andre kriterier enn trykkfall og vi derfor ikke får utnyttet en teoretisk mulighet for lengre standtid. Filter skiftes ofte i faste intervaller på dato. Lengden mellom filterskiftene vil også avhenge av andre faktorer som f.eks. intervaller på service på ventilasjonsanleggene, driftsrutiner, utskifting pga. mekanisk slitasje, fuktskade/snøinndriv osv. På bakgrunn av dette har vi valgt å legge større vekt på innkjøpspris enn en teoretisk LCC-beregning og mener derfor Trondheim kommune har fått det mest fordelaktige tilbudet fra Norsk Luft AS.”

I brev av 7. mai 2007 fra klagers underleverandør ble det så fremsatt diverse synspunkt vedrørende kvaliteten på valgte leverandørs tilbudte filtre i forhold til den dokumentasjon selskapet hadde innlevert for disse.

Etter dette sendte innklagede 7. mai 2007 følgende e-post til Norsk Luft AS:

”En konkurrerende leverandør, Kaare A Rustad AS, har som tidligere nevnt framsatt påstand om at Norsk Lufts lab test ikke lengre er relevant og at deres nåværende filter har et betydelig høyere starttrykkfall enn det som dokumentert i testen. Kaare A R har foretatt en egen test av deres filter, se vedlegg. Denne viser et trykkfall på 171 Pa mot oppgitt fra dere 85 Pa. Denne testen er subjektiv og foretatt av en konkurrent og derfor ikke uhildet. Vi vil likevel gjerne ha dokumentert at filtertesten vedlagt anbudet fra Norsk Luft er korrekt og relevant i forhold til de filtre som vil bli levert til Trondheim kommune. Vedlagt mottatt brev fra K A Rustad og filtertest utført av Camfil.”

Dette ble besvart på følgende måte i brev fra Norsk Luft AS av 15. mai 2007:

”Vi viser til Deres brev av 7.mai d.å vedrørende protest fra Kaare A. Rustad AS om kvaliteten på våre filter. I den sammenheng vil jeg benytte anledningen til å opplyse at samme firma også la inn protest i forbindelse med vårt anbud til Østfold fylkeskommune i 2003. Protesten ble avvist av Østfold fylkeskommune, da den ikke hadde grunnlag i faktiske forhold. Vi har siden hatt kontrakt med Østfold fylkeskommune, og kontrakten er blitt fornyet etter utløp av første avtaleperiode, og vi tror vi kan påstå at de er veldig godt fornøyd med produktene våre og den oppfølging de har fått. Kaare A. Rustad AS tar jevnlig med en del filterbrukere til fabrikken i Trosa i Sverige, hvor de blant annet viser tester av sine og konkurrentenes filter. Ved ett slikt besøk, hvor de skulle teste filter fra Norsk Luft, ba undertegnede om å få være tilstede under testen, men dette ble avvist av firmaet. Det er derfor liten grunn til tiltro til de påstander som firmaet bruker om sine konkurrenter.”

I møtereferat fra kontraktsmøte av 29. mai 2007 mellom innklagede og Norsk Luft AS fremgår det følgende:

”1. Generelt

På bakgrunn av åpen anbudskonkurransen og mottatt tilbud fra Norsk Luft AS ble det i dag gjennomført kontraktsmøte vedr rammeavtale for kjøp av filter. Avklaringsmøte ble gjennomført den 25.04. 2007.

2. Filtertest

I en henvendelse fra en konkurrent (K.A.Rustad) er det blitt framsatt påstand om at Norsk Lufts filtertest vedlagt anbudet ikke er korrekt i forhold til de filtre som vil bli levert til Trondheim kommune. Norsk Luft AS har pr. brev av 15.05. 2007 skriftlig avkreftet denne påstanden. Norsk Luft AS har i tillegg på eget initiativ forpliktet seg til å få gjennomført en ny uavhengig filtertest. Denne er planlagt ferdigstilt høsten 2007.

3. EU-merking

I tilbudsforepørselens post 5.2 — Kvalitet, er det satt krav til at produktene skal være EU-merket. Alle filterposer er iflg. Norsk Luft merket med EU-nummer og produsert iht europeiske retningslinjer.

4. Diverse

Norsk Luft sørger for å distribuere permer med nødvendig info, om filter, bestilling osv, ut på byggene. Informasjonsmøte vil bli gjennomført med områdeansvarlige. Trondheim eiendom sørger for å oversende adresselister og nødvendig kontaktinformasjon til Norsk Luft AS.

5. Kontrakt

Trondheim eiendom utarbeider og oversender kontraktsforslag til Norsk Luft AS.”

Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 26. juni 2007. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 29. mai 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ifølge konkurransegrunnlagets punkt 5.2.3 skulle tilbudene inneholde testdata (kvalitetsdokumentasjon) for tilbudte produkter. Det bestrides at fremlagte testdata fra valgte leverandør refererer seg til tilbudt produkt. Norsk Luft AS har byttet produsent på sine halvfabrikater (90 % av produktet), men benytter fremdeles de samme datablad som tidligere. Før kjøpte selskapet ferdigsydde poser fra Interfil AS, som fikk media levert fra UDF i Amerika. Fra august 2006 har valgte leverandør imidlertid begynt å kjøpe posene fra Tyskland, med en helt annen design og teknisk data. I tillegg, rammemonterer valgte leverandør nå selv de ferdigssyde posene. Selv om mediaprodusenten skulle være den samme, vil sluttresultatet kunne bli forskjellig fordi posenes utforming og syteknikken er avgjørende for strømningsbildet og trykkfallet i det ferdige produkt. Ifølge klagers testdata er trykkfallet over det nye produktet mye høyere enn tidligere. Dette gir en svært høy LCC, noe innklagede skulle tatt hensyn til i tilbudsevalueringen. Valgte leverandørs påstand om at dataene er uendret må åpenbart være uriktig, hvilket klagers egne testdata også viser.

I henhold til lov om offentlige anskaffelser § 6 må det kunne forevises dokumentasjon på levetidskostnadene.

Valgte leverandør har ikke dokumentert at tilbudte produkter er EU-godkjent, jf konkurransegrunnlagets krav i punkt 5.2.1.

Innklagedes anførsler:

Det anføres prinsipalt at klagers første og tredje anførsel avvises, subsidiært at disse ikke tas til følge. Dette fordi klagenemnda mangler kompetanse til å behandle anførselene da de ikke gjelder anvendelsen av anskaffelsesregelverket. Anførselene gjelder påstand om mulige mislighold fra valgte leverandør idet klager mener at leverandøren ikke vil kunne levere den vare som faktisk er tilbudt. For øvrig vil nemnda neppe ha nødvendig teknisk/faglig kyndighet til å vurdere om tilbudt vare er kontraktsmessig.

På tross av ovennevnte forutsetter anførselene at innklagede hadde en plikt til å foreta undersøkelser. Prinsipalt bestrides det at en slik plikt foreligger. Subsidiært har innklagede foretatt tilstrekkelige undersøkelser. Tilbudet fra valgte leverandør var avgitt uten forbehold. Når tilbudet er uten forbehold må det kunne forutsettes at tilbudt vare er i samsvar med konkurransegrunnlagets krav, samt at innlevert dokumentasjon på varens kvaliteter refererer seg til varen som faktisk tilbys. En offentlig oppdragsgiver har ingen plikt til å undersøke om dette er tilfelle. Det vises her til de knappe frister en offentlig konkurranse som regel gjennomføres under. Ved mislighold fra leverandøren kan dette medføre kontraktsmessige konsekvenser. Som følge av at klagers underleverandør bestred at innlevert tilbudsdokumentasjon fra valgte leverandør refererte seg til tilbudte varer, tok innklagede kontakt med valgte leverandør per e-post og ba leverandøren om å bekrefte at varen som ble tilbudt var kontraktsmessig. Dette ble bekreftet av leverandøren. Idet bekreftelsen fremstod som troverdig behøvde ikke oppdragsgiver foreta ytterligere undersøkelser. Testdataene som klagers underleverandør viste til var for øvrig ikke verifiserte og i tillegg subjektive.

Det er i konkurransegrunnlaget ikke stilt konkrete krav om dokumentasjon av levetidskostnader. Derfor kunne ikke Trondheim kommune kreve at dette skulle fremlegges, eller for den del legge vekt på at dokumentasjonen ikke var fremlagt. Klager viser til § 6 i lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen omtaler noen hensyn som skal ivaretas ved planleggingen av en anskaffelse, altså overordnede målsetninger. Bestemmelsen setter ikke i seg selv rammer for selve konkurransen eller evalueringen av tilbudene. For eksempel forhindrer ikke bestemmelsen rene priskonkurranser. I den overordnede planlegging er det et mål for Trondheim kommune å forvalte de offentlige midler på en best mulig måte. Dette gjelder også ved planleggingen av den enkelte anskaffelse. I denne anskaffelsen har dette kommet til uttrykk ved at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skulle velges, jf konkurransegrunnlagets punkt 5. Levetidskostnadene utgjøres av elementer som service, kvalitet og pris. Nettopp derfor var dette tre av de fem momentene som ble vektlagt ved evalueringen av tilbudene. Forholdet til levetidskostnader er derfor hensyntatt. Denne anførsel kan derfor ikke tas til følge.

Når det gjelder anførselen om manglende EU-godkjenning var det ikke stilt krav om slik godkjenning, kun at produktene skulle være EU-merket, jf konkurransegrunnlagets punkt 5.2.1. Valgte leverandør bekreftet at tilbudte produkter var EU-merket på kontraktsmøtet 29. mai 2007, jf møtereferatet.

Sekretariatets vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2007 nr 402 del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Innklagedes bedømmelse av valgte leverandørs inngitte testdata for tilbudte produkt

Klagenemnda har ingen mulighet til å etterprøve om fremlagte testdata fra valgte leverandør faktisk refererer seg til tilbudte produkt. Nemnda kan imidlertid foreta en vurdering av om innklagedes bedømmelse av den inngitte dokumentasjon har vært forsvarlig, jf kravene til forutberegnelighet og god forretningsskikk i lovens § 5.

Etter sekretariatets oppfatning må oppdragsgivere i utgangspunktet kunne legge til grunn at produktokumentasjonen tilbyderne inngir som en del av sine tilbud faktisk refererer seg til de tilbudte produkt, jf klagenemndas saker 2006/119 (premiss 62), 2006/66 (43) og 2005/219 (premiss 44). Unntak fra dette kan tenkes dersom særlige forhold tilsier at dette ikke er tilfellet, jf klagenemndas sak 2006/119 (premiss 62).

I denne saken ble innklagede både fra klager selv og en av klagers underleverandører gjort oppmerksom på at valgte leverandørs inngitte testdata muligens ikke refererte seg til leverandørens tilbudte produkter. Som følge av dette tok innklagede kontakt med valgte leverandør to ganger for å be vedkommende om å bekrefte at inngitte testdata var relevante for de tilbudte produkt. Dette ble uttrykkelig bekreftet av valgte leverandør i e-post av 5. mai 2007. I tillegg forpliktet leverandøren seg til å få gjennomført en ny uavhengig filtertest under kontraktsmøtet 29. mai 2007. Når innklagede etter dette la til grunn at innleverte testdata var relevante for de tilbudte produkt kan dette etter sekretariatets syn ikke anses uforsvarlig. Videre vil sekretariatet bemerke at når en leverandør fremlegger produktokumentasjon i tilknytning til sine tilbudte produkt, vil leverandøren være kontraktsrettslig ansvarlig for de egenskaper dokumentasjonen tilkjennegir at de tilbudte produkter har. Dersom det i ettertid viser seg at de tilbudte produkter ikke har de egenskaper produktokumentasjonen lovet, kan leverandøren, dersom han er blitt tildelt kontrakten, bli møtt med misligholdsbeføyelser fra oppdragsgiver, og i verste fall risikere at kontrakten heves dersom misligholdet er vesentlig.

Klagers anførsel om brudd på § 6 i lov om offentlige anskaffelser

Klager har anført at § 6 i lov om offentlige anskaffelser er brutt idet valgte leverandør ikke har fremvist dokumentasjon på tilbudte produkters levetidskostnader. Etter sekretariatets syn oppstiller ikke aktuelle bestemmelse noen slik plikt. Det eneste som fremgår av bestemmelsen er at oppdragsgiver har plikt til å ”ta hensyn til” livssyklus-kostnader ”under planleggingen” av den enkelte anskaffelse. Ut fra dette kan klagers anførsel ikke føre frem.

Klagers anførsel om manglende EU-godkjenning av valgte leverandørs tilbudte produkter

Klager har anført at valgte leverandør ikke har dokumentert at tilbudte produkter var EU-godkjent. Etter en gjennomgang av konkurransegrunnlaget kan sekretariatet imidlertid ikke se at det ble oppstilte noe krav om at tilbudte produkter skulle være EU-godkjent. Det eneste som fremgår er at tilbudte produkter skulle være EU-merket, jf grunnlagets punkt 5.2.1. At tilbudte produkter var EU-merket har valgte leverandør både i tilbudsbrevet og på kontraktsmøtet uttrykkelig bekreftet. På denne bakgrunn kan klagers anførsel ikke føre frem.

På basis av det sekretariatet er kommet til i det ovennevnte kan Deres klage ikke føre frem. Den avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf Klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Erlend Pedersen
Rådgiver

Kopi: Innklagede