



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. Avvisning av leverandør. De generelle kravene i § 4. Evaluerings- eller prismodell. Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Ulovlig tildelingskriterium

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av leker og formingsmateriell. En av klagerne hadde blitt avvist fra konkurransen, da vedkommende hadde tilbudt vesentlig flere varer under det øvrige sortimentet enn det øvre taket på 1500 varer. Klagenemnda kom til at innklagede hadde adgang til å avvise klagers tilbud, og at konkurransegrunnlaget heller ikke var uklart med hensyn til hva som skulle anses som én og samme vare. Klagerens øvrige anførsler om at stikkprøveevaluering for det øvrige sortimentet og at det var anvendt et ulovlig underkriterium under «Pris» førte heller ikke frem. Klagenemnda var heller ikke enig med klageren i at det var ulovlig å evaluere totalprisen uten volumtall. Den andre klageren anførte prinsipalt at valgte leverandør skulle ha vært avvist, fordi tilbudet inneholdt et vesentlig avvik ved å ha fraveket underkriteriet om å oppgi en lik rabattsats. Klagenemnda var ikke enig i dette, og nemnda konkluderte derfor med at det ikke utgjorde noe brudd på regelverket at valgte leverandørs tilbud ikke ble avvist.

Klagenemndas avgjørelse 14. november 2018 i forente saker 2018/226 og 2018/364

Klager(e): Lekolar AS og AV Form A/S

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune (heretter innklagede) kunngjorde 21. februar 2018 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av leker og formingsmateriell. I tillegg har ti nærliggende kommuner ved tilslutningserklæring sluttet seg til avtalen. Anskaffelsens verdi var estimert til 14 millioner kroner per år. Rammeavtalen skulle ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i til sammen to år. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget satt til 5. april 2018, men ble senere endret til 12. april 2018.
- (2) Formålet med anskaffelsen var ifølge kunngjøringen å sikre kostnadseffektiv og enkel tilgang på leker og formingsmateriell, primært for barnehager og skolefritidsordninger.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.1. fremgikk det at «Den valgte leverandøren er, etter bestilling fra den enkelte virksomhet, forpliktet til å levere i henhold til rammeavtalen». I samkjøpsavtalen som var vedlagt konkurransegrunnlaget, stod det at «Ved erstatningsvarer skal Leverandøren dokumentere at erstatningsvaren tilfredsstiller kravene i konkurransedokumentene og at de er av tilsvarende kvalitet, funksjonalitet og pris som varen de skal erstatte». Dersom oppdragsgiver ikke godkjenner

erstatningsvaren, og leverandøren dermed ikke kan levere, forbeholdt oppdragsgiver seg retten til å kjøpe varen hos en annen leverandør.

- (4) Tildelingen skulle skje på bakgrunn av hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på kriteriene «Pris» (50 prosent), «Kvalitet» (20 prosent), «Salgs- og serviceapparat» (20 prosent) og «Øvrig sortiment» (10 prosent). Tildelingskriteriet «Pris» var inndelt i underkriteriene «Totalpris på direkte etterspurte sortiment», «Totalpris på øvrig sortiment ved stikkprøver» og «Rabatt i prosent», som skulle vektas henholdsvis 60, 30 og 10 prosent av priskriteriet.
- (5) Det direkte etterspurte sortimentet gjaldt 86 produkter, som fremgikk av et prisskjema vedlagt konkurransegrunnlaget. I prisskjemaet var det en rekke kolonner som skulle fylles ut, og disse dannet grunnlaget for utregningen av sortimentets totalpris. Priskomponentene bestod av innkjøpspris per salgsenhet (kolonne J) og rabatt (kolonne K). Basert på formler som var satt inn i prisskjemaet, ville pris per salgsenhet (inkludert rabatt) og pris per enkeltprodukt i salgsenheten bli regnet ut.
- (6) Ifølge kravspesifikasjonen punkt 5.1.2 ville totalpris på det direkte etterspurte sortimentet bli beregnet ut fra «inngitt tilbudspris (justert for rabatt) og volum per artikkel».
- (7) Om det øvrige sortimentet var det angitt at tilbyderne selv kunne bestemme hvilke produkter som her skulle tilbys. Disse måtte settes opp i en Excel-liste eller i et PDF-format, hvor «varenavn, varenummer, mål/størrelse, antall enkeltenheter i salgsenheten, innkjøpspris pr salgsenheten, eks mva uten rabatt og med rabatt» skulle fremgå. I tillegg fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget:

«Oppdragsgiver har satt et øvre tak for hvor mange varer leverandører kan tilby under «øvrig sortiment». Det øvre taket utgjør 1500 varer. Det presiseres at leverandører kan velge om de ønsker å tilby 1500 eller mindre antall produkter under «øvrig sortiment».

Pris på «øvrig sortiment» vil bli evaluert på bakgrunn av et representativt utvalg stikkprøver fra tilbyderes øvrige sortiment, hvor totalpris på øvrig sortiment beregnes på basis av inngitt tilbudspris justert for rabatt og volum per artikkel».
- (8) Om stikkprøvene var det påpekt at leverandørene ikke ville bli gjort kjent med hvilke produkter som ville bli sammenlignet. Videre fremgikk følgende:

«Utvalget er gjort ut fra statistikk, faglig vurdering og er basert på forventninger om etterspørsel i løpet av avtaleperioden. Den spesifikke produktlisten på «øvrig sortiment» samt evalueringsmodell vil bli arkivert i kommunens arkivsystem før tilbudsfristen går ut».
- (9) Vedrørende underkriteriet «Rabatt i prosent» fremgikk det av kravspesifikasjonen punkt 5.1.2 at «Leverandøren skal oppgi hvilken rabatt som er benyttet for de tilbudte priser. Det skal oppgis en rabatt for produktkategori leker og produktkategori formingsmateriell. Rabatten skal være gjeldende for hele leverandørens varesortiment innen produktkategori leker og produktkategori formingsmateriell».
- (10) Om evalueringen av tildelingskriteriet «Øvrig sortiment», fremgikk det av kravspesifikasjonen at «Tilbudet som har det bredeste sortimentet innen det etterspurte produktområdet gis poengscore 10. Dvs. et stort antall varianter av samme produkt vil

ikke bli gitt best score. Øvrige tilbud blir gitt en lavere poengscore som gjenspeiler relevante forskjeller i sortimentsbredden».

- (11) Tilbyderne stilte en rekke spørsmål om hvordan konkurransegrunnlaget skulle forstås, og disse ble besvart av innklagede. Et av spørsmålene gjaldt rabattsatsen som skulle oppgis. Oppdragsgiver svarte at *«det skal oppgis en rabatt for produktkategori leker og en for produktkategori formingsmateriell. Formuleringer skal forstås på den måten at rabattsatsen skal være den samme for alle produktene i hver kategori».*
- (12) På spørsmål om hva som menes med «*innkjøpspris*», svarte oppdragsgiver at *«Med innkjøpspris i kolonne J menes det pris som leverandør har på sinne offisielle nettsider (i kataloger, produktblad). Dersom det tilbys produkter som leverandør ikke har i sitt sortiment og av den grunn ikke finnes på nettsider (kataloger, produktblad) må innkjøpspris dokumenteres på annen måte».*
- (13) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fire leverandører, deriblant fra Lekolar AS (heretter Lekolar), AV Form A/S (heretter AV Form) og Trigonor AS (heretter valgte leverandør). Lekolar leverte to parallelle tilbud som var like med unntak av prisskjemaet.
- (14) Lekolar mottok brev 15. mai 2018 om at begge tilbudene hadde blitt avvist fra konkurransen. Avvisningen ble gjort med henvisning til forskriften § 24-8 (1) bokstav b. Begrunnelsen var at begge tilbudene inneholdt mer enn 1500 varer under «*Øvrig sortiment*» – 2560 varer etter innklagedes vurdering. Dette utgjorde ifølge innklagede et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (15) Både Lekolar og AV Form brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser, henholdsvis 9. juli 2018 og 4. oktober 2018. Innklagede opplyste 15. august 2018 at kontraktsinngåelsen med valgte leverandør ville bli utsatt til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. november 2018.

Anførsler:

Lekolar har i det vesentlige anført:

- (17) Rabattsatsen var et ulovlig tildelingskriterium, da det ikke var egnet til å avdekke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette fordi at rabattsatsen er innkalkulert i de øvrige underkriteriene til priskriteriet.
- (18) Konkurransen må avlyses fordi tildeling basert på en summert pris av enkeltprodukter uten volumtall var ulovlig. Dette åpnet for taktisk prising, og resultatet var ikke forutsigbart. Evalueringen medførte at prisingen av formingsmateriell var nærmest uten betydning.
- (19) Stikkprøveevaluering kan ikke anvendes i denne konkurransen, fordi utvalget av produkter ikke er representativt.
- (20) Konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til hva som skulle anses som én og samme vare. Innklagedes fortolkning om at ulike fargevarianter er ulike varer var uventet, og kan ikke være riktig.

- (21) Subsidiært må avvisningen av tilbudet omgjøres fordi det ikke ble tilbudt mer enn 1500 varer. Ulike fargevarianter av en vare kan ikke anses for å være ulike varer.
- (22) For øvrig opprettholdes de tidligere fremsatte anførslene i anledning saken.

AV Form har i det vesentlige anført:

- (23) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Valgte leverandør har opprettet nye produktnummer som er identiske med eksisterende produkter, men med en vesentlig lavere pris. Når dette er gjort fravikes i realiteten kravet om at hver produktkategori skulle ha den samme rabattsatsen.
- (24) Subsidiært anføres det at konkurransegrunnlaget var uklart på dette punkt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (25) Innklagede har ikke begått brudd på regelverket, og konkurransen må derfor ikke avlyses. Rabattsatsen som underkriterium parallelt med totalpris som underkriterium, var lovlig. Konkurransegrunnlagets angivelse av hva som er én og samme vare var videre tilstrekkelig klart. Tildelingen basert på konkurransegrunnlagets evaluering av pris er lovlig. Videre var stikkprøveevalueringen for det øvrige sortimentet også lovlig.
- (26) Innklagede hadde rett til å avvise Lekolar fra konkurransen, da det var tilbudt mer enn 1500 varer under det øvrige sortimentet. Forskriften §§ 24-8 (1) bokstav b og (2) bokstav a hjemler denne adgangen.
- (27) Valgte leverandør har overholdt kravet til lik rabattsats for de to ulike produktkategoriene. Tilbyderne stod fritt til å opprette nye produktlinjer og til å inngi den prisen de ønsket frem til tilbudstidspunktet. Valgte leverandør har forpliktet seg til å levere i henhold til sitt tilbud, noe innklagede har tatt høyde for gjennom konkurransegrunnlaget og samkjøpsavtalen.
- (28) Det bestrides at konkurransegrunnlaget var uklart.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klagerne har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av en rammeavtale for kjøp leker og formingsmaterieell, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 14 millioner kroner per år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Lekolars anførsler:

- (30) Klagenemnda tar først stilling til klagers anførsel om at konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til begrensningen på antallet varer som leverandøren kunne tilby som øvrig sortiment.
- (31) Kjernen i denne anførselen er at det er uklart hva som menes med én vare. Klager fremholder i denne sammenheng at det er vilkårlig og lite forutberegnelig at for eksempel én fargevariant av en fargestift skal anses som én vare, mens en annen fargevariant av

samme fargestift anses som en annen. Samtidig var det slik klager forstår det tydeligvis mulig å tilby ett sett med fargestifter som én vare.

- (32) Klagenemnda finner på sin side at konkurransegrunnlaget ikke inneholder noen uklarhet på dette punkt. Det var opp til en leverandøren å tilby et sortiment som best oppfylte oppdragsgivers behov, og det fremgikk av kravspesifikasjonen at «*et stort antall varianter av samme produkt vil ikke bli gitt best score*». Det var altså opp til leverandøren å bestemme hvilke produkter som skulle tilbys innenfor begrensningen på 1500 produkter, herunder eksempelvis om det skulle tilbys pakker bestående av kun én fargevariant av en fargestift, eller om det skulle tilbys et sett med forskjellige fargestifter (for å bruke Lekolars eksempel). Dette gjenspeiles i prisskjemaet ved at det var en egen kolonne for «*antall enkeltheter i salgsenheten*». Konkurransegrunnlaget er dermed klart på at et produkt kunne bestå av flere enheter, og at det ikke kunne tilbys mer enn 1500 produkter som «*øvrig sortiment*». Anførselen om at konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til begrensningen i antall varer som kunne tilbys, kan derfor ikke føre frem.
- (33) Lekolars tilbud respekterte ikke antallsbegrensningen i konkurransegrunnlaget, og tilbød 2560 produkter. Slik konkurransen var lagt opp har innklagede ansett dette som et vesentlig avvik, hvilket klagenemnda er enig i. Lekolars subsidiære anførsel om at avvisen av Lekolars tilbud var urettmessig kan derfor ikke føre frem.
- (34) Lekolar har også fremført en rekke innsigelser mot tildelingskriteriet pris. Klager anfører blant annet at prisen som skal vurderes for det direkte etterspurte sortiment ikke er representativ, at stikkprøveevalueringen er i strid med regelverket, og at rabattkriteriet er ulovlig. Klagenemnda påpeker at temaet for en rettslig kontroll ikke er å vurdere om fremgangsmåten er optimal, men om den er lovlig. Ut over dette finner klagenemnda det tilstrekkelig å vise til at det i utgangspunktet er opp til oppdragsgiver å avgjøre hvordan konkurransen skal legges opp med sikte på å tilrettelegge for at kontrakt kan tildeles den tilbyderen som inngir tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Hva gjelder innklagedes stikkprøveevaluering, er den så vidt nemnda kan se foretatt i tråd med de føringer som er oppstilt i praksis.
- (35) Selv om konkurransegrunnlaget foranlediget en rekke spørsmål fra tilbyderne, kan nemnda heller ikke se at det var uklart hvordan tilbudene skulle utformes, eller at det var uklart hvordan tilbudene ville bli vurdert. Nemnda kan på denne bakgrunn ikke se at klagers anførsler gir grunnlag for rettslige innvendinger mot hvordan tilbudene ble vurdert.
- (36) Lekolar har også vist til anførslene i den opprinnelige klagen til oppdragsgiver, og fremholdt at også disse gjøres gjeldende. Disse anførslene gjelder først og fremst oppdragsgivers utøvelse av sitt anskaffelsesrettslige skjønn. Klagenemnda kan ikke se at anførslene gir grunnlag for å vurdere om oppdragsgiver har gått utenfor rammene for dette skjønnet.

AV Forms anførsler:

- (37) AV Form har anført at valgte leverandør må avvises. Anførselen er begrunnet i at valgte leverandørs tilbud fravek kravet om å anvende en lik rabatt innenfor de to produktkategoriene. Anførselen er begrunnet i at valgte leverandør har opprettet nye produktnumre som er identiske med allerede eksisterende produkter, og priset disse med en vesentlig lavere pris. AV Form har i denne forbindelse fremholdt at valgte leverandørs

tilbud strider mot konkurransegrunnlagets forutsetning om at salgsenhetene skulle prises i henhold til innkjøpsprisen.

- (38) AV Form har fremlagt eksempler på at valgte leverandør har flere identiske produkter på sin nettside, men med store forskjeller i pris. AV Forms anførsel bygger på at disse også er tilbudt i foreliggende konkurranse, hvilket ikke er bestridt av innklagede. Slik saken er opplyst, må det også legges til grunn at disse nye produktnumrene er opprettet i anledning denne konkurransen.
- (39) Spørsmålet for klagenemnda er om det representerer et avvik fra konkurransedokumentene at valgte leverandør opprettet særskilte produktnumre i anledning denne konkurransen, og priset varene oppført under disse lavere enn samme vare oppført under produktnumre som ikke ble tilbudt i konkurransen.
- (40) Prisskjemaet for det direkte etterspurte sortimentet la opp til at tilbyderne hadde en viss frihet med hensyn til hva som ble tilbudt, herunder hvor mange enheter (enkeltprodukt) som inngikk i salgsenheten. I prisskjemaet var det således en egen kolonne der det skulle oppgis hvor mange enkeltprodukter som inngikk i den enkelte salgsenhet.
- (41) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle både totalprisen på «direkte etterspurt sortiment» og «øvrige sortiment» bero på «inngitt tilbudspris justert for rabatt og volum per artikkel». Av prisskjemaet het det at man skulle oppgi «innkjøpspris pr salgsenhet».
- (42) Klagenemnda har ikke funnet holdepunkter for at «innkjøpspris» skal forstås slik at det er forbudt å endre prisen på et allerede eksisterende produkt, det være seg ved ren prisjustering eller opprettelse av nye produktnumre med tilpasset pris. Heller ikke konkurransegrunnlaget eller konkurransens øvrige dokumenter kan tas til inntekt for at det ikke var adgang til å opprette nye produktnumre. Så lenge leverandørene priset salgsenhetene med «innkjøpsprisen» på tilbudstidspunktet, kan klagenemnda følgelig ikke se at det er oppstilt noe forbud mot å endre innkjøpsprisen i perioden frem til tilbudstidspunktet. Klagenemnda viser for ordens skyld til kontraktsbestemmelsene, hvor tilbyder er forpliktet til å levere i henhold til sitt tilbud. Klager kan derfor ikke høres med at kravet om å anvende lik rabattsats for begge produktkategorier i realiteten er fraveket.
- (43) Siden valgte leverandør har oppgitt en lik rabatt innenfor hver produktkategori, inneholdt følgelig ikke tilbudet avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (44) AV Form har subsidiært gjort gjeldende at konkurransegrunnlagets krav strider mot kravene til klarhet og forutberegnelighet slik disse fremgår av anskaffelsesloven § 4. Heller ikke denne anførselen kan føre frem. Etter nemndas syn er konkurransegrunnlaget tilstrekkelig klart utformet.

Konklusjon:

Oslo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk