



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Uklart konkurransegrunnlag. Avlysning.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om kjøp av blant annet kontor- og institusjonsmøbler og -inventar. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag. Det forelå dermed plikt til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 16. januar 2019 i sak 2018/467

Klager: Gustav Pedersen AS (medlem av kjeden Norengros AS)

Innklaget: Vest-Agder fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Vest-Agder fylkeskommune (heretter innklagede) kunngjorde 8. mars 2018 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om kjøp av blant annet kontor- og institusjonsmøbler og -inventar. Rammeavtalene hadde ifølge konkurransegrunnlaget en varighet på to år med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 60 millioner kroner over fire år. Tilbudsfrist ble satt til 3. mai 2018.
- (2) I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at innklagede var oppdragsgiver på vegne Offentlig Fellesinnkjøp på Agder (OFA).
- (3) Det skulle inngås en rammeavtale for hver av de fire produktgruppene «*Produktgruppe A Kontormøbler og -inventar*», «*Produktgruppe B Skolemøbler og -inventar*», «*Produktgruppe C Barnehagemøbler og -inventar*» og «*Produktgruppe D Institusjonsmøbler og -inventar*». Herværende klagesak er begrenset til produktgruppe A og D.
- (4) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at tilbudene ville vurderes på bakgrunn av tildelingskriteriene «*Produktsortiment, dybde og bredde*» som talte 25 prosent, «*Produktenes egnethet*» som talte 30 prosent og «*Priser*» som talte 45 prosent.
- (5) Under tildelingskriteriet «*Produktsortiment, dybde og bredde*» stod det at

*«Tilbyder skal dokumentere sitt **sortiment dybde og -bredde**, ved å beskrive valgmuligheter innen hver produktgruppe og hvilke produktgrupper som tilbys.*

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

Vi vil premiere de tilbyderne som har tilgang på et sortiment som mer enn dekker vårt behov og som i tillegg har en stor grad av variasjon innenfor de forskjellige produktgrupper [...]».

- (6) Det ble også opplyst i konkurransegrunnlaget under «Pris» at «Det er ikke tillatt å prise enkelte av produktene i tilbudsskjemaet med den hensikt å forsøke å manipulere resultatet. Tilbyder skal oppgi pris i samtlige celler hvor det blir bedt om dette. Det er ikke tillatt å ta forbehold om prisendringer i forhold til utenlandsk valuta».
- (7) Tilbudene skulle inneholde utfylt «Produkt- og prisskjema» for de produktgruppene leverandørene ønsket å inngi tilbud på. Et prisskjema per produktgruppe var vedlagt konkurransegrunnlaget. Deler av prisskjemaene var fylt ut på forhånd av innklagede. Som illustrasjon på hvordan tilbudene skulle utformes, har partene blant annet vist til produktnummer 1 («Arbeidsbord elektrisk hev/senk») i prisskjemaet for produktgruppe A (kontormøbler og - inventar):

Nr.	Oppdragsgivers beskrivelse av etterspurte produkter	Spesifikasjon: Dette er ønsket spesifikasjon til etterspurt produkt. Tilbudte produkts avvik fra spesifikasjon skal listes opp i kolonne J "Avvik fra Spesifikasjon". Avvik fra spesifikasjon vil gi utslag ved vurdering av produktets egnethet til å dekke etterspurt behov.	Materialer og farger: Dette er ønsket material og fargevalg til etterspurt produkt. Tilbudte produkts avvik fra Materialer og farger skal listes opp i kolonne K "Avvik materialer og farger". Avvik vil gi utslag ved produktets egnethet til å dekke etterspurt behov.	[...]
1	Arbeidsbord elektrisk hev/senk	El- hev/senk understell, T-ben, 2-leddet søyle. Bordplate, rektangulær form med rett kantavslutning/skråkant og avrundede hjørner, ikke magebue. Hengslet kabelrenne under bord, med kabelluke i bord.	Understell i grå/sort/sølv/hvit. Bordplate i lys grå/hvit/bøk/bjork høytrykkslaminat med mdf-kjerne og lakkert mdf kant/kantlist.	
[...]				

- (8) I prisskjemaet kolonne H ble leverandørene bedt om å fylle ut «Beskrivelse av tilbudte produkt: Materialbeskrivelse, fargevalg og teknisk beskrivelse, evt. link til produktets nettsted».
- (9) I kolonne K stod det: «Spesifiser avvik fra materialer og farger: List opp avvik fra Materialer og fargevalg beskrevet i kolonne D».
- (10) Prisskjemaet inneholdt også en tabell for øvrig sortiment, der leverandørene skulle føre inn «Rabatter som tilbys for produkter/produktgrupper som ikke inngår i produkt- og prisskjemaet, men som dekker hele produktområdet innenfor denne varegruppen.»

- (11) Før utløpet av tilbudsfristen fikk innklagede inn en rekke spørsmål fra leverandørene. Spørsmålene – og innklagedes svar på disse – ble gjort tilgjengelig for alle leverandørene. Det ble herunder stilt følgende spørsmål om utfylling av prisskjemaet:

«I forhold til prisskjema og beskrivelse av ønsket utførelse, så har vi et spørsmål.

Er det slik at ved en type beskrivelse som f.eks. «Lys grå/hvit/bøk/bjork laminat/lakk», så er det ønskelig at produktet kan fås i alle disse fargene/utførelsene, og at det blir høyere vurdert enn om man har pris på f.eks. kun hvit og grå? Eller er det ment som at det må være én av disse utførelsene og at vi kan velge hvilken av disse vi priser produktet i så lenge det finnes i en eller flere av de ønskede utførelsene/fargene?».

- (12) Innklagede svarte at «Det er ønskelig at produktene kan fås i alle disse fargene/utførelsene, og det vil bli høyere vurdert enn om man kun kan få dem i hvit og grå.»
- (13) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra syv leverandører, herunder fra Gustav Pedersen AS, som er en del av kjeden Norengros AS (heretter klager). Klager innga tilbud på produktgruppene A, C og D.
- (14) I brev av 14. september 2018 fremgikk det at innklagede hadde intensjon om å inngå kontrakt med klager for produktgruppene A (kontormøbler og -inventar) og D (institusjonsmøbler og -inventar).
- (15) Klager mottok deretter brev fra innklagede den 4. oktober 2018, der det ble opplyst at:

«I ettertid har det kommet inn klager på tildelingen, med påstand om at det foreligger vesentlige avvik mellom tilbudet fra Norengros Gustav Pedersen AS og anskaffelsesdokumentene, særlig punkt 5 og vedlegg 10-13. Som følge av dette har vi foretatt en nærmere juridisk vurdering, og konklusjonen er at det foreligger vesentlige avvik i tilbudet fra Norengros Gustav Pedersen AS».

- (16) Klagers tilbud ble på denne bakgrunn avvist.

- (17) I brevet ble avvisningen blant annet begrunnet slik:

«Det følger av prisskjema at det skal gis en felles pris på produktet uavhengig av finish og farge. For arbeidsbord skal det for eksempel gis samme pris uavhengig av om bordplaten er i lys grå/hvit/bøk/bjork, og uavhengig av om understellet er i grå/sort/sølv/hvit, se bl.a. konkurransegrunnlagets vedlegg om Krav til Produkter.

I tilbudet fra Norengros Gustav Pedersen AS er det tydelig spesifisert at det bare er et bestemt produkt som er priset på de ulike varelinjene. Dette avviker derfor isolert sett fra konkurransegrunnlagets krav. [...]

OFAs vurdering er videre at avviket må anses som "vesentlig", jf. FOA § 24-8 (1) b. Det er for så vidt angitt i prisskjema at avvik fra tilbudsproduktets avvik fra materialer og farger skal gi utslag ved produktets egnethet til å dekke etterspurt behov. Dette tilsier at dersom tilbyder ikke kan levere i alle materialer og farger, foreligger det i utgangspunktet et avvik som skal føre til trekk i evalueringen av kriteriet "egnethet". I tilbudet fra Norengros Gustav Pedersen AS er imidlertid avvikene så store ved at bare en finish og farge er tilbudt. Når dette sees i sammenheng med konkurransegrunnlaget punkt 5.7.1

(2) at det "ikke [er] tillatt å prise enkelte av produktene i tilbudsskjemaet med den hensikt å forsøke å manipulere resultatet", må avviket vurderes som vesentlig. [...]».

- (18) Klager påklaget gjennomføringen av konkurransen ved brev av 11. oktober 2018. Klagen ble ikke tatt til følge, og avvisning av klagers tilbud ble opprettholdt i innklagedes brev datert 12. oktober 2018.
- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 31. oktober 2018. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse for produktgruppene A og D, utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. januar 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag. Det var uklart hvordan pris skulle oppgis i produkt- og prisskjemaene. Konkurransegrunnlaget kunne forstås dithen at det kunne gis pris på bare bestemte utførelser (materialvalg og «finish», herunder farger). Det fremgikk derfor ikke klart at oppdragsgiver ønsket felles pris på samtlige etterspurte utførelser. Innklagede plikter derfor å avlyse konkurransen for produktgruppene A (*kontormøbler og -inventar*) og D (*institusjonsmøbler og -inventar*).

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Det bestrides at konkurransegrunnlaget er uklart utformet. Det følger klart av prisskjemaet at det skal gis en felles pris på produktet uavhengig av utførelse. Det foreligger derfor ikke grunnlag for å avlyse konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder levering av kontor-, skole-, institusjons- og barnehagemøbler og -inventar, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 60 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Uklart konkurransegrunnlag

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag. Nærmere bestemt anføres det at det var uklart hvordan produkt- og prisskjemaene skulle fylles ut. Klagers tilbud ble som nevnt avvist fordi det gjennomgående var oppgitt pris på bare én type utførelse (materialvalg og «finish», herunder farger). Alternative utførelser utover det klager gav pris på i produkt- og prisskjemaene ble tilbudt som en del av klagers øvrige sortiment.
- (25) Kravene til forutberegnelighet og likebehandling i anskaffelsesloven § 4 innebærer at *«alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydige i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således*

at det på den ene side gøres muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige bydende at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde, og at der på den anden side gives den ordregivende myndighed mulighed for effektivt at efterprøve, om de afgivne bud opfylder de kriterier, der regulerer den pågældende kontrakt.», jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-368/10 *Max Havelaar* premiss (109). Dette innebærer blant annet at konkurransegrunnlaget må utformes *«slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på, og hvordan dette skal gjøres»*, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2016/155, premiss 30.

- (26) For alle produktene i produkt-/prisskjemaet ble det oppgitt ulike materialer og farger. Eksempelvis var ønsket material- og fargeutvalg for produkt nr. 1 (*«Arbeidsbord elektrisk hev/senk»*) i produktgruppe A at bordet skulle ha understell i *«grå/sort/sølv/hvit»*, bordplate i *«lys grå/hvit/bøk/bjork høytrykkslaminat med mdf-kjerne»* og *«lakkert mdf kant/kantlist»*. Eventuelle avvik fra disse material- og fargeutvalgene skulle listes opp i prisskjemaets kolonne K.
- (27) Dersom disse opplysningene i prisskjemaet vurderes isolert, er det etter klagenemndas oppfatning nærliggende å forstå det slik som innklagede i ettertid har forklart at det var ment: Det skulle oppgis én pris på det aktuelle produktet, helt uavhengig av material- og fargeutvalg. Også forbudet i konkurransegrunnlaget mot å prise enkelte av produktene i tilbudsskjemaet *«med den hensikt å forsøke å manipulere resultatet»*, tilsier at det ikke var anledning til å velge ut den rimeligste varianten av det aktuelle produktet, og henvise alle andre utførelser til det øvrige sortimentet. Dette støttes også av prisskjemaets tabell for øvrig sortiment, som etterspør rabatter *«for produkter/produktgrupper som ikke inngår i produkt- og prisskjemaet»*. Det er nærliggende å forstå dette slik at alternative utførelser av produkter som inngår i produkt- og prisskjemaet, ikke kan henføres til kategorien *«øvrig sortiment»*. En slik avgrensning mellom produkt- og prisskjemaet og øvrig sortiment, tilsier at eventuelle avvik fra de etterspurte material- og fargeutvalgene som skulle føres opp i kolonne K, er forbeholdt utførelser som leverandørene rent faktisk ikke kunne levere.
- (28) Den avgrensning mellom produkt- og prisskjemaet og kategorien *«øvrig sortiment»* som klagenemnda mener konkurransegrunnlagets ordlyd og indre sammenheng gir anvisning på, synes imidlertid ikke lagt til grunn av innklagede ved vurderingen av tilbudene. Verken for tildelingskriteriet *«Produktsortiment, dybde og bredde»* eller for tildelingskriteriet *«Produktenes egnethet»* synes klager å ha bli trukket for at selskapet bare tilbød én konkret utførelse av de etterspurte produktene, selv om produkt- og prisskjemaet la opp til at dette skulle gi trekk. Forklaringen må være at innklagede aksepterte at klager tilbød alternative utførelser som en del av klagers øvrige sortiment. Dette er ikke i tråd med den ovenfor antydende forståelsen av konkurransegrunnlaget.
- (29) Innklagedes forståelse av prisskjemaet innebærer dessuten at innklagede bare ville oppnå konkurransedyktige priser på de mest eksklusive utførelsene. Det er allment kjent, og heller ikke bestridt av innklagede, at prisen på de etterspurte møblene varierer i betydelig grad avhengig av hvilke farger og materialer som benyttes. Et prisskjema som krever at leverandørene oppgir en felles pris uavhengig av kostnadene ved de ulike utførelsene, ville tvinge dem til å ta høyde for at innklagede hovedsakelig ville foreta avrop på de mest kostbare utførelsene. For alle andre utførelser ville til gjengjeld de priser som innklagede ble tilbudt, være høyere enn markedsprisen for de aktuelle utførelsene.

- (30) Innklagedes forståelse av konkurransegrunnlaget innebærer også et potensielt betydelig konkurransefortrinn for leverandører som av en eller annen grunn ikke har de mest kostbare utførelsene av de etterspurte produktene i sitt sortiment, og som derfor kan føre opp rimeligere alternativer i prisskjemaet. Det er heller ikke lett å se hvordan innklagede skulle kunne kontrollere om leverandører av taktiske årsaker unnlater å tilby de mest kostbare utførelsene til tross for at de kunne levert dem.
- (31) Overfor klagenemnda har innklagede erkjent at prisskjemaet er utformet slik at innklagede må betale *«en relativt høy pris for de billigste utførelsene»*, men at dette er en konsekvens av innklagedes overveide valg om å etterspørre én pris på det aktuelle produktet, uavhengig av utførelse, og derfor ikke et argument for at konkurransegrunnlaget er uklart.
- (32) Utgangspunktet er at det ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å utforme konkurransegrunnlaget. I vurderingen av om konkurransegrunnlaget lever opp til klarhetskravet, må det likevel være relevant at den tolkning som ordlyden isolert sett gir anvisning på, synes å lede til tilbud som ikke nødvendigvis er sammenlignbare og for øvrig til resultater som ikke uten videre er lett å forene med formålsangivelsen i anskaffelsesloven § 1.
- (33) Overfor klagenemnda har innklagede videre erkjent at også andre leverandører enn klager i en del tilfeller har oppgitt priser i prisskjemaet som ikke gjelder for de mest kostbare materialvalgene som de aktuelle leverandørene har i sitt sortiment. Innklagede har anført at det er snakk om mindre avvik som ikke medfører plikt til å avvise tilbudene. Til dette har imidlertid klager med rette innvendt at avvikene like fullt er relevante for vurderingen av om konkurransegrunnlaget er i tråd med klarhetskravet. Avvikene ser heller ikke ut til å fått konsekvenser for vurderingen av de kvalitative tildelingskriteriene, selv om prisskjemaet tilsier at så skulle skje.
- (34) Uklarhetene i konkurransegrunnlaget viser seg også ved at innklagede ikke har reagert på at enkelte leverandører har opplyst at andre utførelser enn dem som de har priset i prisskjemaet, kan leveres (men da formentlig til høyere priser). Innklagedes egen forståelse av konkurransegrunnlaget avviker slik fra den forståelsen av konkurransegrunnlaget som ordlyden og den indre sammenhengen etter klagenemndas syn umiddelbart gir anvisning på.
- (35) Klagenemnda tilføyer at innklagede, som gjengitt i premiss (11) ovenfor, ble spurt om prisene i prisskjemaet skulle omfatte alle de etterspurte utførelsene, eller om leverandørene kunne velge ut én utførelse og prise denne. Innklagede svarte ikke egentlig på dette spørsmålet, men sa at det var *«ønskelig»* at produktene kunne fås i alle de etterspurte fargene/utførelsene, og det vil bli *«høyere vurdert»* enn om man kun tilbød enkelte utførelser.
- (36) Disse presiseringene må likestilles med opplysninger gitt i selve konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas sak 2017/113, premiss 40. Etter klagenemndas syn bidrar imidlertid innklagedes svar på dette spørsmålet til å forsterke snarere enn å avklare uklarhetene i konkurransegrunnlaget. Svaret kan forstås slik at en leverandør kunne velge å ikke tilby visse utførelser, og at dette "bare" ville få konsekvenser for vurderingen av de kvalitative tildelingskriterier. En slik forståelse av konkurransegrunnlaget åpner for utpreget taktisk utvelgelse av de utførelser som tilbys, innenfor den uklare grensen mot å prise produktene *«med den hensikt å forsøke å manipulere resultatet»*, hvilket altså kunne lede til

avvisning. Innklagedes etterfølgende evaluering av tilbudene med avvik synes imidlertid ikke å være i samsvar med dette.

- (37) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at konkurransegrunnlaget ikke oppfyller det klarhetskrav som følger av nemnds- og rettspraksis.
- (38) Innklagede har følgelig brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4 ved utformingen av konkurransegrunnlaget.
- (39) Klagers anførsel har etter dette ført frem.
- (40) Feilen har påvirket utformingen av tilbudene, ved at leverandørene la ulike forutsetninger til grunn for prisingen. Klagenemnda kan ikke se at denne feilen kan rettes på en annen måte enn ved å avlyse konkurransen for de produktgruppene som er gjenstand for klagesaken og hvor kontrakt ennå ikke er inngått - gruppe A (*kontormøbler og –inventar*) og D (*institusjonsmøbler og –inventar*). Bruddet på regelverket kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Det er følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndforskriften § 13.

Konklusjon:

Vest-Agder fylkeskommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk