



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Vesentlig endring. Identifisering i kunngjøring. Ulovlig direkte anskaffelse. Avvisning av tilbud. Evalueringsmodell. Tildelingsevaluering. Likebehandling i forhandlinger. De grunnleggende prinsippene i loven § 4.

Tradebroker gjennomførte en begrenset konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtaler om kontor- og datarekvisita, hygieneartikler og emballasje med relevante tjenester. Rammeavtalene ble først inngått 4. mars 2019 på vegne av de private medlemsbedriftene, og deretter 8. mars 2019 på vegne av de medlemsbedriftene Tradebroker hadde kategorisert som offentlige medlemsbedrifter underlagt anskaffelsesregelverket. Klager fikk ikke medhold i sin anførsel om at dette utgjorde en vesentlig endring og dermed en ulovlig direkte anskaffelse. Klager fikk heller ikke medhold i sin anførsel om at Tradebroker hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å identifisere de offentlige medlemsbedriftene i kunngjøringen. Klager fikk medhold i sin anførsel om at de innklagede hadde brutt regelverket ved tilbudsevalueringen, ved å sammenligne enkelte produkter som ikke var sammenlignbare. Klagenemnda fant imidlertid at bruddet ikke hadde påvirket utfallet av konkurransen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 24. september 2020 i sak 2019/262

Klager: NorEngros AS

Innklaget: Stiftelsen Tradebroker, Avinor AS, Bane Nor SF, Helgeland Kraft AS, Vygruppen AS, Skagerak Energi AS og Statnett SF

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Marianne Dragsten

Bakgrunn:

(1) Stiftelsen Tradebroker (heretter *Tradebroker*) kunngjorde 3. oktober 2018 en begrenset konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtaler om kontor- og datarekvisita, hygieneartikler og emballasje med relevante tjenester. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 385 000 000 kroner over fem år (3+2 år). Tilbudsfrist ble satt til 23. november 2018.

(2) Det fremgikk av punkt 1.2 («*Beskrivelse av anskaffelsen*») at:

«Tradebroker vil på vegne av sine medlemsbedrifter inngå rammeavtale med to leverandører for levering av kontor- og datarekvisita, hygieneartikler og emballasje med relevante tjenester.

Oppdragsgiver skal inngå rammeavtaler med leverandører som kan levere et bredt spekter av produkter og tjenester innenfor området, og som bidrar på en kostnadseffektiv og miljø- og samfunnsansvarlig måte, samt bidrar til økt bruk av e-handel og automatiserte prosesser som gir økt effektivitet og reduksjon av manuelle prosesser.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

[...]

Oppdragsgiver skal ha mulighet til å bestille produkter etter behov, og fra leverandørens totale varesortiment. [...]

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 («Anskaffelsens omfang») var det opplyst følgende:

«Anskaffelsens omfang vil avhenge av de avrop de enkelte leverandørene gjør under avtalen. Dagens avtaler med eksisterende leverandører har et kjøpsvolum på til sammen ca. 77 millioner NOK pr. år.

Av dette er estimert årlig omsetning på de medlemsbedriftene som er underlagt lov om offentlige anskaffelser, Forsyningsforskriften;

MEDLEM	OMSETNING 2017
<i>Avinor</i>	3.000.000
<i>Bane Nor</i>	5.000.000
<i>Helgeland Kraft</i>	200.000
<i>NSB</i>	2.200.000
<i>Skagerak Energi</i>	765.000
<i>Statnett</i>	500.000

Følgende andre medlemmer har meldt deltakelse på denne konkurransen: [...]"

- (4) Deretter var de andre medlemsbedriftene som hadde meldt deltakelse i konkurransen listet opp.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 («Anskaffelsesprosedyre») var det blant annet opplyst at:

«Anskaffelsen gjennomføres som konkurranse med forhandlinger i henhold til forsyningsforskriften del II.

Konkurransen gjennomføres med prekvalifisering. Bare de leverandørene som oppfyller kvalifikasjonskravene, og har blitt invitert, vil få anledning til å levere tilbud.

[...]

Samtlige kvalifiserte leverandører vil inviteres til å innlevere tilbud. Tilbyderne med de 3-6 beste tilbudene etter innledende evaluering vil bli invitert til forhandlinger. Etter forhandlingene og eventuelle oppdaterte tilbud vil endelig evaluering av tilbudene bli foretatt og kontrakt tildelt.»

- (6) Tildeling skulle skje på bakgrunn av tildelingskriteriene «Løsningsbeskrivelse og gjennomføringsevne» og «Økonomiske hensyn», som hver talte 50 prosent.
- (7) Tildelingskriteriet «Løsningsbeskrivelse og gjennomføringsevne» skulle evalueres på bakgrunn av underkriteriene «Automatiserte prosesser og nettbutikk: 40 %», «Avtaleoppfølging: 30 %», «Implementering: 20 %», og «Distribusjon og skapservicetjeneste: 10 %».

(8) Tildelingskriteriet «Økonomiske hensyn» skulle evalueres på bakgrunn av et prisskjema som var vedlagt konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget fremgikk det at «Leverandøren skal fylle ut påslagsmatrisen i vedlagte prisskjema.»

(9) I prisskjemaets fane «Veiledning» var det opplyst at:

«I arkfane «Tilbudt påslag» skal Leverandøren fylle inn tilbudte påslag på de gitte innkjøpsområdene.

I arkfane «Historisk kjøp» lister vi opp de mest omsatte produktene på dagens avtaler.

Tilbyder skal tilby alle sine produkter innenfor de innkjøpsområdene definert i arkfane «Tilbudt påslag». Dette skal gjøres i arkfane «Produktkatalog». Under er en veiledning til utfylling. De kolonnene som ikke skal fylles ut (A,H,I,L) inneholder formler. Disse formlene er kopiert ned for 10 000 varelinjer, men dersom Leverandøren har flere enn 10 000 produkter i sin katalog for innkjøpsområdene omfattet av avtalen, må Leverandøren kopiere ned formlene.»

(10) I prisskjemaets fane «Tilbudt påslag» var produktene delt inn i følgende seks innkjøpsområder: «Kontorrekvisita», «Kopipapir», «Renholds- og toalettartikler», «Datarekvisita», «Kantineartikler» og «Emballasje». I fanen «Historisk kjøp» var de produktene som utgjorde 30 prosent av omsetningen i de eksisterende rammeavtalene listet opp.

(11) All kommunikasjon i konkurransen skulle foregå i konkurransegjennomføringsverktøyet EU-supply. På bakgrunn av spørsmål fra leverandørene om hvordan prisskjemaet ville evalueres publiserte Tradebroker en melding i EU-supply 16. oktober 2018, der det fremgikk:

«[...] Vi har fått innspill og spørsmål vedrørende prisskjema. Presisering av evaluering av prisskjema:

I henhold til forespørsel skal tilbydere fylle ut vedlagte prisskjema.

Tradebroker har etablert en liste med de mest omsatte varer, som sammen med utfyllt prisskjema, vil danne grunnlaget for vår evaluering.

I konkurransens prisskjema (arkfane Historisk kjøp) finner dere et utdrag av de produktene som står for 30 % av omsetningen på dagens avtaler.»

(12) Den 12. november 2018 opplyste Tradebroker følgende til leverandørene om hvordan tilbudene skulle evalueres:

«Tradebroker har etablert en liste med eksempelprodukter pr innkjøpsområde. Tradebroker vil søke i mottatte tilbud for å finne tilsvarende produkter og på det grunnlaget evaluere prislisten.»

(13) Innen tilbudsfristen mottok Tradebroker tilbud fra fem leverandører, deriblant fra NorEngros AS (heretter klager), Wittusen & Jensen AS (heretter «WJ») og Staples Norway AS (heretter «Staples»). Etter det opplyste tilbød klager i sitt opprinnelige tilbud et varesortiment på ca. 18 000 produkter.

- (14) Etter tilbudsfristens utløp gjennomførte innklagede forhandlinger med leverandørene i to faser. Den første forhandlingsrunden ble gjennomført 11. desember 2018, mens den andre forhandlingsrunden ble gjennomført i løpet av 15. og 16. januar 2019.
- (15) Av referatet fra det første forhandlingsmøtet mellom klager og Tradebroker fremgår det, under «Avklaringer/tilbakemeldinger», at:

«Tradebroker er av den oppfatning at Norengros ikke har oppgitt priser i prisskjemaet som forutsatt i konkurransegrunnlaget.

I konkurransegrunnlaget pkt. 1.2 fremgår det at oppdragsgiver «skal ha mulighet til å bestille produkter etter behov, og fra leverandørens totale varesortiment.» I prisskjemaets arkfane «Veiledning» presiseres det at «Tilbyder skal tilby alle sine produkter innenfor de innkjøpsområdene definert i arkfane «Tilbud påslag». Dette skal gjøres i arkfane «Produktkatalog».

En rekke av produktene som omsettes mest under dagens avtale (angitt i arkfane «Historisk kjøp»), er ikke medtatt i Norengros tilbud. Dette til tross for at produktene fortsatt finnes i Norengros varesortiment, slik dette eksempelvis fremgår på Norengros hjemmeside. Det er opp til Norengros å bestemme hvilke produkter selskapet vil omsette, og således definere sitt varesortiment. Som nevnt over er det samtidig klart at en rekke produkter faktisk er i varesortimentet, og med en betydelig omsetning i dag, mens de likevel ikke tilbys i den foreliggende konkurransen. Tradebroker opplever således at det tilbudte varesortimentet ikke er det reelle varesortimentet til Norengros. I lys av dette mener vi at Norengros ikke reelt sett har tilbudt produkter fra sitt totale varesortiment. Dette er ikke i tråd med konkurransegrunnlagets krav.

[...]

Tradebroker ønsker imidlertid som utgangspunkt ikke å avvise noen tilbydere, men av hensyn til likebehandling og de øvrige tilbyderne kan Tradebroker ikke akseptere at Norengros utelater produkter fra eget varesortimentet i konkurransen (endog produkter som historisk sett har størst omsetning under avtalen).

Slik Tradebroker ser det, oppgir ikke tilbudet prisen som forutsatt i konkurransegrunnlaget. Som kommunisert i møte 11/12-18 oppfordres Norengros til å tilby sitt reelle produktsortiment i konkurransen, og herunder ha med varer som historisk sett har hatt størst omsetning under dagens avtale. Dette vil også være av betydning for Tradebrokers muligheter til å sammenligne tilbudte priser.»

- (16) Etter det opplyste leverte klager deretter et revidert tilbud som inkluderte klagers fulle varesortiment på om lag 29 000 produkter.
- (17) I det andre forhandlingsmøtet ga Tradebroker en presentasjon til leverandørene der det ble gitt tilbakemeldinger på tilbudene. Fra presentasjonen som ble gitt til klager, fremgår det blant annet at «Norengros sine innkjøpspriser ligger på linje med konkurrentene.» I presentasjonene som ble gitt til Staples og WJ, som det for klagenemnda er fremlagt sladdede versjoner av, ble det gitt noe mer utfyllende opplysninger. I presentasjonene var det også opplyst at:

- *«I forkant av utlysning av konkurransen pekte vi ut 465 produkter for å sammenligne.*
 - *Dette utgjør 36 MNOK i omsetning på eksisterende avtaler.*
 - *Av disse 465 produktene har vi funnet 327 sammenlignbare.»*
- (18) Tradebroker meddelte 31. januar 2019 at kontrakt ville bli inngått med Staples og WJ, som ble rangert som nummer én og to. Klagers tilbud ble rangert som nummer tre. Om evalueringen av tildelingskriteriet «Økonomiske hensyn» fremgikk det av tildelingsbrevet blant annet at «*Evalueringen er gjort ut fra beregning av tilbyderes innkjøpspriser pluss påslag vektet i forhold til innkjøpsområdets volum angitt i forespørsel og prisskjema. [...]».*
- (19) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 8. februar 2019. Tradebroker avviste klagen i brev av 14. februar 2019. Den 19. februar 2019 sendte klager en utdypende klage, som ble avvist av Tradebroker 25. februar 2019, og den 27. februar 2019 tok klager ut begjæring om midlertidig forføyning.
- (20) Tradebroker inngikk 4. mars 2019 én rammeavtale med Staples og én rammeavtale med WJ, på vegne av de private medlemsbedriftene.
- (21) Klager trakk begjæringen om midlertidig forføyning 6. mars 2019.
- (22) Av endringsloggene til de to rammeavtalene, som begge er datert 8. mars 2019, fremgår det at:
- «Følgende medlemmer er lagt til og tiltrer avtalen pr. 08.03.2019:*
- NSB, Avinor, Statnett, Helgeland Kraft, Bane NOR, Skagerak Energi»*
- (23) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. april 2019.
- (24) Nemndsmøte i saken ble avholdt 21. september 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Tradebroker er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser

- (25) Tradebroker er omfattet av regelverket i kraft av å være en «*sammenslutning [...] med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i bokstav a til c*», jf. forsyningsforskriften § 1-2 første ledd bokstav d).
- (26) Subsidiært er Tradebroker omfattet av regelverket ved å være en «*innkjøpsentral*» jf. forsyningsforskriften § 4-3 bokstav a). I klagenemndas sak 2018/24 var det, i likhet med foreliggende sak, Tradebroker som hadde inngått rammeavtalen som var gjenstand for vurdering. I saken vurderte klagenemnda blant annet om forsyningsforskriften § 7-7 kunne gi Bane Nor SF grunnlag for å unnlate kunngjøring. Det er en vurdering som forutsetter at Tradebroker kan anses som en innkjøpsentral.

- (27) Atter subsidiært er Tradebroker omfattet av regelverket fordi Tradebroker må identifiseres med de offentlige medlemsbedriftene som deltok i anskaffelsen. Som grunnlag for at slik identifisering kan finne sted vises det til klagenemndas sak 2012/251.
- (28) Dersom Tradebroker ikke er omfattet av regelverket, vil uansett de offentlige medlemsbedriftene som har vært deltakere i anskaffelsen, være ansvarlig for eventuelle brudd på regelverket.

Ulovlig direkte anskaffelse – vesentlig endring

- (29) Tradebroker har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at rammeavtalene ikke ble signert med de offentlige medlemsbedriftene som var listet opp i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 samtidig som de private medlemsbedriftene. Forutsetningen for konkurransen var at det skulle signeres rammeavtaler med alle deltakerne oppgitt i konkurransegrunnlaget. Dette utgjør en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, jf. forsyningsforskriften § 10-2 (1).
- (30) Tradebroker har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at de offentlige medlemsbedriftene som var listet opp i konkurransegrunnlaget punkt 1.3, ble inkludert i rammeavtalene 8. mars 2019. Rammeavtalene gir ingen anvisning på at offentlige medlemsbedrifter kunne inkluderes i rammeavtalene etter signeringstidspunktet, og en slik endring innebærer en endring av kontraktene som må anses vesentlig jf. forsyningsforskriften § 24-2.
- (31) I tillegg til de medlemsbedriftene Tradebroker har kategorisert som offentlige medlemsbedrifter i konkurransegrunnlaget punkt 1.3, er også Statkraft AS, Østfold Energi AS og Lyse Elnett AS underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. Disse er «*offentlige foretak*», jf. forsyningsforskriften § 1-2 første ledd bokstav e). Innklagedes oppdeling av anskaffelsen, som bygget på hvilke medlemsbedrifter som var underlagt regelverket og ikke, er derfor ikke korrekt. Det innebærer at Tradebrokers signering av rammeavtalene 4. mars 2019 på vegne av de «private» medlemsbedriftene, der Statkraft AS, Østfold Energi AS og Lyse Elnett AS altså inngikk, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Ulovlig direkte anskaffelse – identifisering i kunngjøring

- (32) Tradebroker har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse fordi de medlemsbedriftene som er omfattet av anskaffelsesregelverket ikke var «*identifisert i kunngjøringen*», jf. forsyningsforskriften § 7-7 først ledd bokstav b). I kunngjøringen var det bare opplyst at Tradebroker ville inngå rammeavtaler «*på vegne av sine medlemsbedrifter*».

Avvisning av tilbudene til Staples og WJ

- (33) Tradebroker har brutt forsyningsforskriften § 20-8 første ledd bokstav b, ved ikke å avvise tilbudene fra Staples og WJ som følge av at de to leverandørene ikke tilbød sine komplette varesortiment. Dette var et absolutt krav, og avviket er dermed vesentlig.
- (34) Subsidiært har Tradebroker brutt kravet til likebehandling i loven § 4 ved ikke å avvise tilbudene fra Staples og WJ fordi kravet om å tilby sitt komplette varesortiment, bare er gjort gjeldende overfor klager, ikke overfor Staples og WJ.

- (35) Atter subsidiært har Tradebroker brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag. Det var ikke klart hvilke krav som gjaldt i konkurransen, herunder hvordan tilbudene skulle evalueres. Det forelå derfor avlysningsplikt.

Ulovlig evalueringsmodell

- (36) Tradebroker har brutt regelverket ved å benytte en ulovlig evalueringsmodell. Evalueringsmodellen er ikke egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Evalueringen bygger kun på hvilke produkter, eller mer korrekt hvilke merkevarer, Tradebroker har valgt ut for stikkprøver, noe som ikke er forutberegnelig for leverandørene. Ved å unngå å spesifisere på forhånd hvilke produkter som skal sammenlignes, har Tradebroker gitt seg selv en mulighet til å evaluere de tilbudte produktene på bakgrunn av merkevarenavn, f. eks. «*Filtermalt Kaffe 250 g Evergood*», hvilket er ulovlig. Feilen er ikke mulig å rette og konkurransen skulle derfor ha vært avlyst.
- (37) Vilkårene for stikkprøveevaluering er ikke oppfylt. For det første fremgikk det verken av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen at evalueringen av priskriteriet delvis eller helt ville skje i form av stikkprøver. For det andre er ikke utvalget rimelig representativt. Produktene som faktisk ble evaluert utgjør om lag 25 prosent av forventet volum, noe som ikke er tilstrekkelig.

Tildelingsevaluering

- (38) Tradebroker har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4 fordi produktene som ble sammenlignet i evalueringen ikke var sammenlignbare i kvalitet og funksjonalitet. Et eksempel på dette er varelinjen «*strekfilm 50 cm x 1750 m*». Her sammenlignet Tradebroker strekkfilm fra klager med 250 prosent strekkbarhet, med strekkfilm fra konkurrentene med 150 prosent strekkbarhet. I tillegg viser sammenligningen at Tradebroker har sammenlignet skolepasser med tørkepapir. Klager er uenig i Tradebrokers vurdering av at disse feilene ikke har påvirket utfallet av konkurransen.

Likebehandling i forhandlingene

- (39) Tradebroker har brutt kravet til likebehandling under forhandlingene jf. forsyningsforskriften § 19-11 første ledd og loven § 4, ved å gi Staples og WJ langt mer konkrete og detaljerte tilbakemeldinger på sine tilbud enn det klager fikk. Selv om teksten i tilbakemeldingene til Staples og WJ i all hovedsak er sladdet, fremstår det likevel som klart at Staples og WJ har fått mer konkret og detaljert veiledning. Alene det faktum at de to ikke bare har fått en overordnet kommentar om at innkjøpsprisen «*ligger på linje med konkurrentene*», viser at det er gitt ulik grad av veiledning. Konsekvensen av at Staples og WJ fikk en mer utfyllende tilbakemelding er blant annet at det ble avslørt for disse hvilke produkter som var plukket ut til evalueringen.
- (40) Tradebroker har brutt kravet om at det skal gjennomføres reelle forhandlinger, jf. loven § 4. Tradebrokers ensidige fokus på priskriteriet i forhandlingene indikerer at Tradebrokers intensjon med forhandlingene i all hovedsak har vært å presse prisene til de leverandørene som lå best an etter den innledende evalueringen ned.

Kravet til etterprøvbarehet i loven § 4

- (41) Tradebroker har brutt offentleglova § 3, anskaffelsesforskriften §§ 7-3 og 7-4, samt kravet til etterprøvbarhet i anskaffelsesloven § 4, ved å nekte innsyn i evaluert innkjøpspris per varegruppe, referater og tilbakemeldinger fra forhandlingsmøtene med Staples og WJ samt opplysninger om priser benyttet i evalueringen.

De innklagede har i det vesentlige anført:

Hvorvidt Tradebroker er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser

- (42) Det bestrides at Tradebroker er omfattet av regelverket. Tradebroker er verken en «sammenslutning[...]» jf. forsyningsforskriften § 1-2 første ledd bokstav d), eller en «innkjøpsentral» jf. forsyningsforskriften § 4-3 bokstav a). Det er heller ikke grunnlag for å «identifisere» Tradebroker med de offentlige medlemsbedriftene, slik klager synes å ta til orde for. For Tradebroker er det uklart hva klager mener å kunne utlede fra klagenemndas sak 2012/251.

Ulovlig direkte anskaffelse – vesentlig endring

- (43) Det bestrides at Tradebroker har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at rammeavtalene på vegne av de offentlige medlemsbedriftene som var listet opp i konkurransegrunnlaget punkt 1.3, ble inngått 8. mars 2019 i stedet for 4. mars 2019. Tradebroker kan ikke se at det har betydning at inngåelsen på vegne av de offentlige medlemsbedriftene ble gjort gjennom endringslogg, fremfor gjennom nye signaturer. Rammeavtalene var ikke til hinder for dette. Verken konkurransegrunnlaget eller rammeavtalene er endret. De parallelle rammeavtalene som Tradebroker har inngått med Staples og WJ er nøyaktig de samme som de som ble kunngjort og konkurransutsatt. Samtlige medlemsbedrifter, dvs. både de offentlige og de private, er tilsluttet begge rammeavtalene. Rammeavtalene ble, på vegne av medlemsbedriftene, signert i to omganger som følge av klagers begjæring om midlertidig forføyning.
- (44) At Statkraft AS, Østfold Energi AS og Lyse Elnett AS inngikk blant de medlemsbedriftene som Tradebroker signerte avtaler på vegne av 4. mars 2019, innebærer ikke er ulovlig direkte anskaffelse. De tre selskapene var en del av den utlyste konkurransen fra start og nevnt i konkurransegrunnlaget punkt 1.3. En eventuell «feilkategorisering» i konkurransegrunnlaget kan åpenbart ikke innebære at Tradebrokers signering av rammeavtalene på vegne av de tre medlemsbedriftene den 4. mars 2019 er en ulovlig direkte anskaffelse.

Ulovlig direkte anskaffelse – identifisering i kunngjøring

- (45) Det bestrides at Tradebroker har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse som følge av at medlemsbedriftene som er omfattet av anskaffelsesregelverket ikke var «identifisert i kunngjøringen», jf. forsyningsforskriften § 7-7 først ledd bokstav b). Bestemmelsen regulerer anskaffelser som foretas gjennom «innkjøpsentraler». Tradebroker er ikke en innkjøpsentral ettersom Tradebroker ikke er en oppdragsgiver som er omfattet av regelverket. At kun oppdragsgivere kan være innkjøpsentraler er for øvrig også nylig bekreftet av EU-domstolen i sak C-3/19.
- (46) Uansett var det i kunngjøringen inntatt en åpent tilgjengelig lenke til konkurransegrunnlaget, der det i punkt 1.3 var listet opp samtlige medlemsbedrifter som vil benytte seg av rammeavtalen, og presisert hvilke av disse som er underlagt forsyningsforskriften.

Avvisning av tilbudene til Staples og WJ

- (47) Det bestrides at Tradebroker var pliktig til å avvise tilbudene fra Staples og WJ som følge av at leverandørene ikke tilbød sine komplette varesortimenter. Formuleringene i konkurransegrunnlaget kan under enhver omstendighet ikke forstås som et absolutt krav. Kjernen i det konkurransegrunnlaget etterspør, er komplette og reelle varesortimenter innenfor de seks oppgitte varegruppene. Det betyr ikke at leverandørene måtte tilby alle produktene de teoretisk sett ville kunne selge under rammeavtalen. Slik har heller ingen av leverandørene forstått formuleringene. Heller ikke klagers opprinnelige tilbud inneholdt alle selskapets produkter innenfor de seks varegruppene.
- (48) Det bestrides at Tradebroker har brutt kravet til likebehandling i loven § 4 ved ikke å avvise tilbudene fra Staples og WJ. Det er ikke riktig at Tradebroker har gjort gjeldende et krav om å tilby sitt komplette varesortiment bare overfor klager. Bakgrunnen for Tradebrokers tilbakemelding til klager etter forhandlingsmøtet den 11. desember 2018 var at Tradebroker, etter en gjennomgang av klagers prisskjema, oppfattet at klager ikke hadde fylt ut skjemaet lojalt i henhold til konkurransegrunnlaget. Klager hadde utelatt en rekke produkter som Tradebroker var kjent med at klager hadde i sitt varesortiment, også produkter som historisk sett har hatt stor omsetning under avtalen. Dette var ikke i tråd med konkurransegrunnlaget, som la opp til at medlemsbedriftene skulle kunne bestille produkter «etter behov» og «fra leverandørens totale varesortiment», jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.2. At Staples og WJ som hadde forholdt seg lojalt til konkurransegrunnlaget ikke fikk samme tilbakemelding som klager, er ikke et brudd på kravet til likebehandling.
- (49) Det var ikke uklart hvilke krav som gjaldt i konkurransen, herunder hvordan tilbudene skulle evalueres, og det forelå ingen avlysningsplikt.

Ulovlig evalueringsmodell

- (50) Det bestrides at evalueringen av priskriteriet er i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4. Det er feil slik klager hevder, at evalueringen av priskriteriet bygget 100 prosent på stikkprøver. Evalueringen av priskriteriet er basert på leverandørens tilbudte påslag innenfor hver av de seks vareområdene sammenholdt med innkjøpsprisen på de mest omsatte produktene innenfor hvert enkelt vareområde.
- (51) Evalueringen av pris er heller ikke uforutberegnelig. Leverandørene var kjent med at prisevalueringen ville foretas basert på et utvalg sammenlignbare produkter innenfor hver varegruppe.
- (52) Evalueringsmodellen hensyntar innkjøpspris og påslag, noe som gir et mer reelt bilde av kostnadene for medlemsbedriftene, enn påslag eller innkjøpspris som isolerte evalueringsgrunnlag. I tillegg motvirker evalueringsmodellen risikoen for taktisk prising. Dersom det hadde blitt spesifisert hvilke konkrete produkter som inngikk i sammenligningsgrunnlaget, ville det eksponert konkurransen for taktisk prising.

Tildelingsevaluering

- (53) Det bestrides at Tradebroker har brutt regelverket ved å etterspørre merkevarer. At merkevarer inngikk i sammenligningsgrunnlaget gjør ikke modellen til en omgåelse av forbudet mot å vise til merkevarenavn, eller et brudd på kravet til likebehandling. Ved å

evaluere leverandørenes innkjøpspriser basert på sammenligning av kjente produkter med identisk eller tilsvarende kvalitet og funksjonalitet, som alle leverandørene erfaringsmessig har i sine varesortimenter, har man fått et reelt bilde av leverandørenes innkjøpspriser og tilhørende påslag. I tillegg medfører dette at innslaget av skjønnsmessige vurderinger reduseres. Så lenge produktene er sammenlignbare ligger valget av hvilke produkter som sammenlignes innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet.

- (54) Tradebroker erkjenner at det ble begått feil ved at skolepasser ble sammenlignet med tørkepapir, ved at strekkfilm med ulik forstrekking ble sammenlignet og ved at det med fordel kunne ha vært valgt et annet batteri fra klager. Det bestrides imidlertid at alle de fjorten varelinjene som klager har vist til, inneholder ikke-sammenlignbare produkter. Uansett har Tradebroker foretatt en gjennomgang av evalueringen hvor samtlige av produktene som klager hevder ikke er sammenlignbare, er trukket ut av sammenligningsgrunnlaget. Korrigeringen endrer verken utfallet av evalueringen av kriteriet «*økonomiske hensyn*» eller konkurransen for øvrig.

Likebehandling i forhandlingene

- (55) Det bestrides at Tradebroker har brutt kravet til likebehandling under forhandlingene jf. forsyningsforskriften § 19-11 første ledd og loven § 4, ved å gi Staples og WJ mer konkrete og detaljerte tilbakemeldinger på sine tilbud enn det klager fikk. Klager fikk tilbakemelding på at de tilbudte innkjøpsprisene lå generelt jevnt med de øvrige fem tilbudene, mens WJ og Staples fikk på sin side tilbakemelding om at de hadde enkeltprodukter og/eller varegrupper med betydeligere høyere innkjøpspris enn de øvrige tilbudene, hvilket ikke var tilfellet for klagers tilbud.
- (56) Det er for øvrig ikke riktig at klager kun fikk tilbakemelding om at «*innkjøpspriser ligger på linje med konkurrentene*», slik klager hevder. Klager fikk også tilbakemelding på salgsprisene (innkjøpspris + påslag) slik som de andre tilbyderne. Samtlige leverandører fikk også tilbakemelding om at «*Tilbydernes innkjøpspriser er forholdsvis like med noen få unntak*», jf. Tradebrokers presentasjon til klager i det andre forhandlingsmøtet.

Kravet til etterprøvbarehet i loven § 4

- (57) Det bestrides at kravet til etterprøvbarehet i loven § 4 er brutt. Kravet til etterprøvbarehet innebærer ikke at leverandørene har krav på å bli satt i stand til å selv foreta en fullstendig overprøving av oppdragsgivers vurderinger. De opplysningene klager ikke har fått innsyn i er forretningshemmeligheter og/eller organinterne dokumenter unntatt innsyn.

Klagenemndas vurdering:

- (58) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtaler om kontor- og datarekvisita, hygieneartikler og emballasje med relevante tjenester, som er en vare- og tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 385 000 000 kroner over fem år.
- (59) De av Tradebrokers offentlige medlemsbedrifter som har vært deltakere i anskaffelsen, Avinor AS, Bane Nor SF, Helgeland Kraft AS, Vygruppen AS, Skagerak Energi AS og Statnett SF (heretter *de innklagede*) er oppdragsgivere som utøver forsyningsaktiviteter som nevnt i forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) av 12. august 2016 nr. 975 § 1-1, jf. § 1-2. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av

17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forsyningsforskriften del I og del II, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-3.

Hvorvidt Tradebroker er omfattet av anskaffelsesregelverket

- (60) Partene har i prosesskriv av 3. april, 13. juni, 21. juni, 28. juni, 9. august og 23. august 2019 fremsatt argumenter for og mot at Tradebroker er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.
- (61) Hvem forsyningsforskriften gjelder for er listet opp i forsyningsforskriften § 1-2 første ledd. Det følger av bokstav c at forskriften gjelder for «*offentligrettslige organer*».
- (62) Det er ikke tvil om at Tradebroker er et selvstendig rettssubjekt, jf. forskriften § 1-2 andre ledd bokstav b. Slik saken er opplyst, er det imidlertid ikke holdepunkter for at stiftelsen Tradebroker er «*opprettet for å tjene allmennhetens behov*», eller at stiftelsen har den nødvendige tilknytningen til det offentlige, jf. § 1-2 andre ledd bokstav a og c.
- (63) Klagenemnda har på denne bakgrunn vanskelig for å se at Tradebroker skal anses som et offentligrettslig organ, jf. forsyningsforskriften § 1-2 første ledd bokstav c. Nemnda finner imidlertid ikke grunn til å ta endelig stilling til dette, eller til om Tradebroker skal anses som en «*sammenslutning[...]*» av oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 første ledd bokstav a til c, jf. bokstav d. Klagenemnda finner heller ikke grunn til å ta stilling til om Tradebroker er omfattet av regelverket fordi stiftelsen må identifiseres med de innklagede.
- (64) Det er enighet om at de øvrige foretakene som er innklaget, er pliktsubjekter etter regelverket for offentlige anskaffelser, jf. avsnitt 59 ovenfor, slik at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse for så vidt gjelder anskaffelser for disse.

Ulovlig direkte anskaffelse – identifisering i kunngjøring

- (65) Klager anfører at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ved at de innklagede ikke var «*identifisert i kunngjøringen*», jf. forsyningsforskriften § 7-7 første ledd bokstav b.
- (66) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Dette inkluderer også kjøp som en offentlig oppdragsgiver foretar i henhold til en kunngjort anskaffelse, uten at den aktuelle oppdragsgiveren var tilstrekkelig identifisert i kunngjøringen, se klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/24 med videre henvisning til forsyningsforskriften § 7-7 første ledd bokstav b. Slike kjøp vil etter omstendighetene kunne utgjøre ulovlige direkte anskaffelser. I denne retning, se også klagenemndas avgjørelse i sak 2019/389, som gjaldt den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 26-1 (3).
- (67) Det følger som nevnt av forsyningsforskriften § 7-7 første ledd bokstav b, at oppdragsgivere kan anskaffe varer gjennom innkjøpsentraler, men at oppdragsgiveren i så fall skal være «*identifisert i kunngjøringen*».
- (68) I forsyningsforskriften § 4-3 bokstav a er en innkjøpsentral definert som «*en oppdragsgiver som foretar samordnede innkjøp og eventuelt utfører tilknyttede innkjøpstjenester*».

- (69) Ordet «oppdragsgiver» i § 4-3 bokstav a, peker ifølge innklagede tilbake på bestemmelsen i forskriften § 1-2 («Hvem forskriften gjelder for»). Med henvisning til at Tradebroker etter innklagedes oppfatning ikke er omfattet av regelverket, fremholder innklagede at stiftelsen heller ikke kan anses som en «innkjøpsentral», jf. §§ 7-7 første ledd bokstav b og 4-3 bokstav a. Til støtte for dette har innklagede blant annet vist til EU-domstolens avgjørelse i sak C-3/19 *Asmel*.
- (70) Slik klagenemnda forstår det, ligger det imidlertid allerede i kravet til kunngjøring i forsyningsforskriften § 17-2, at det må fremgå av kunngjøringen hvilke oppdragsgivere som er deltakere i anskaffelsen, jf. for øvrig dette standpunktet i klagenemndas sak 2019/389, avsnitt 83.
- (71) Det fremgikk av kunngjøringen at Tradebroker ville inngå rammeavtaler på vegne av «sine medlemsbedrifter». Hvilke bedrifter det var tale om, var ikke angitt.
- (72) Slik klagenemnda ser det, er det imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at denne feilen kan ha påvirket deltakerinteressen. Informasjonen om at rammeavtalen ville bli inngått «på vegne av» Tradebrokers «medlemsbedrifter», ga potensielle leverandører et varsel om at det var flere oppdragsgivere som ville benytte seg av rammeavtalen, og ga etter nemndas oppfatning en normalt påpasselig leverandør oppfordring om å åpne konkurransegrunnlaget for å se hvilke oppdragsgivere det var snakk om, og på denne bakgrunn vurdere om det ville være interessant å delta i konkurransen. Konkurransegrunnlaget ble gjort tilgjengelig samtidig med – og kunne åpnes direkte via en lenke i – kunngjøringen. I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 var samtlige av de aktuelle medlemsbedriftene listet opp. Når det gjaldt de innklagede, var det oppgitt et estimat på hvor mye hver av disse kjøpte årlig. Saken skiller seg på dette punktet på avgjørende vis fra klagenemndas avgjørelser i sakene 2018/24 (gebyrsak) og 2019/389.
- (73) Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse som følge av manglende identifisering av de innklagede i kunngjøringen, kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Ulovlig direkte anskaffelse – vesentlig endring

- (74) Klager anfører videre at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ved at det er gjort vesentlige endringer i henholdsvis konkurransegrunnlaget og kontraktene sammenlignet med det som ble kunngjort, først ved å signere avtalene på vegne av de private medlemsbedriftene alene, og deretter ved å signere avtalene på vegne av de innklagede.
- (75) En ulovlig direkte anskaffelse er som nevnt en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt. Det vil også kunne foreligge en ulovlig direkte anskaffelse der konkurransegrunnlaget eller kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort, se klagenemndas avgjørelse i sak 2018/521, premiss 35 og 2018/550, avsnitt 19, med videre henvisninger.
- (76) Rammeavtalene i vår sak ble inngått mellom Staples, WJ og samtlige av de medlemsbedriftene som var identifisert i anskaffelsesdokumentene. Den omstendighet at avtalene ble inngått i to omganger, først med de private medlemsbedriftene, og deretter med de innklagede, innebærer ikke at rammeavtalene eller konkurransegrunnlaget ble endret. Heller ikke den omstendighet at Statkraft AS, Østfold Energi AS og Lyse Elnett AS ble plassert blant de private medlemsbedriftene, som Tradebroker signerte rammeavtalene med 4. mars 2019, spiller noen rolle i denne sammenheng. Det fremgikk

klart av konkurransegrunnlaget at disse aktørene var blant de medlemsbedriftene som ville slutte seg til avtalen.

- (77) Klagers anførsler om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ved at konkurransegrunnlaget eller rammeavtalene ble vesentlig endret, kan derfor ikke føre frem.

Avvisning av tilbudene til Staples og WJ

- (78) Klager anfører at Tradebroker har brutt forsyningsforskriften § 20-8 første ledd bokstav b, ved ikke å avvise tilbudene fra WJ og Staples som følge av at de to leverandørene ikke tilbød sitt komplette varesortiment.
- (79) Det følger av forsyningsforskriften § 20-8 første ledd bokstav b at oppdragsgiveren «skal» avvise et tilbud som inneholder «vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene».
- (80) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 («Beskrivelse av anskaffelsen») fremgikk det blant annet at oppdragsgiver skulle ha mulighet til å bestille produkter etter behov, og fra leverandørens «totale varesortiment».
- (81) I prisskjemaets fane «Veiledning» var det blant annet opplyst at tilbyderne skulle tilby «alle sine produkter» innenfor innkjøpsområdene definert i arkfanen «Tilbud påslag». Produktene skulle fylles inn i arkfanen «Produktkatalog». Dersom leverandørene hadde flere enn 10 000 produkter i sin katalog for innkjøpsområdene omfattet av avtalen, måtte leverandøren kopiere ned formlene.
- (82) Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, herunder veiledningen til prisskjemaet, er det ikke helt klart hva som ligger i at leverandørene skulle tilby «alle sine produkter». En nærliggende tolkning er at meningen her var å uttrykke det samme som fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.2, nemlig at medlemsbedriftene skulle ha *mulighet* til å bestille produkter fra leverandørens «totale varesortiment».
- (83) Kravet kan etter nemndas oppfatning uansett ikke forstås slik at leverandørene i arkfanen «Produktkatalog» skulle liste opp ethvert produkt i leverandørens varesortiment. Verken klager eller de øvrige leverandørene forstod etter det opplyste konkurransegrunnlaget slik at dette var påkrevd. Det er videre vanskelig å se hvilke fordeler leverandørene ville få i konkurransen ved å tilby et mindre produktutvalg enn man reelt sett hadde. Med tanke på evalueringen, var det sentrale for Tradebroker at leverandørene tilbød et tilstrekkelig antall sammenlignbare varer. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det også at den tilbudte produktkatalogen i hvert fall skulle inkludere de varene som historisk sett hadde blitt omsatt mest. Disse produktene var inntatt i prisskjemaets fane «Historisk kjøp».
- (84) Klagenemnda har ikke holdepunkter for å anta at Staples' eller WJs tilbudte produktkatalog er i strid med den nevnte forutsetningen i prisskjemaet, eller at Tradebroker – som følge av at leverandørene oppga et for lavt antall produkter i skjemaet – ikke var i stand til å finne et tilstrekkelig antall sammenlignbare produkter.
- (85) Klagers anførsler gir etter dette ikke grunnlag for å konstatere at Tradebroker har brutt forsyningsforskriften § 20-8 første ledd bokstav b, ved ikke å avvise tilbudene fra WJ og Staples.

- (86) Klager anfører videre at Tradebroker har brutt kravet til likebehandling i loven § 4 ved å kreve at klager, men ikke Staples og WJ, måtte tilby sitt komplette varesortiment.
- (87) På bakgrunn av måten klager hadde fylt ut prisskjemaet på, ga Tradebroker som nevnt tilbakemelding om at klager ikke hadde oppgitt priser i prisskjemaet som forutsatt i konkurransegrunnlaget, herunder ved at «*En rekke av produktene som omsettes mest under dagens avtale (angitt i arkfane «Historisk kjøp»), er ikke medtatt i Norengros tilbud.»*
- (88) Slik saken er opplyst, er det som nevnt ikke holdepunkter for å anta at Staples' eller WJs tilbud var i strid med denne forutsetningen i konkurransegrunnlaget.
- (89) Klagers anførsel om brudd på kravet til likebehandling i loven § 4, kan derfor ikke føre frem.

Evalueringsmodell

- (90) Klager anfører at Tradebroker har benyttet en ulovlig evalueringsmodell. Klager har for det første begrunnet dette med at ved å unngå å spesifisere på forhånd hvilke produkter som skal sammenlignes, har Tradebroker gitt seg selv en mulighet til å evaluere de tilbudte produktene på bakgrunn av merkevarenavn, noe som er ulovlig.
- (91) Klagenemnda finner det imidlertid klart at det ikke er stilt krav til de etterspurte produktene gjennom å vise til «*bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. [...]»*, jf. forsyningsforskriften § 11-1 (4). Klagers anførsel om dette kan ikke føre frem.
- (92) Klager anfører for det andre at evalueringsmodellen er ulovlig fordi den ikke er egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Klager viser nærmere bestemt til at vilkårene for stikkprøveevaluering ikke er oppfylt.
- (93) Vilråene for å basere en evaluering på stikkprøver er ifølge nemndas praksis at det er opplyst om metoden i konkurransegrunnlaget, at stikkprøvene er rimelig representative for det som skal kjøpes, og at oppdragsgiver har fastsatt hvordan stikkprøveevalueringen skal foregå før tilbudene åpnes, se blant annet klagenemndas avgjørelser i sak 2016/33, avsnitt 54, og i forente saker 2019/354 og 2019/394, avsnitt 66 og 67.
- (94) På bakgrunn av spørsmål fra leverandørene om hvordan prisskjemaet ville evalueres, opplyste Tradebroker 16. oktober 2018 at «*[...] Tradebroker har etablert en liste med de mest omsatte varer, som sammen med utfylt prisskjema, vil danne grunnlaget for vår evaluering»*. Den 12. november 2018 opplyste Tradebroker at, «*Tradebroker har etablert en liste med eksempelprodukter pr innkjøpsområde. Tradebroker vil søke i mottatte tilbud for å finne tilsvarende produkter og på det grunnlaget evaluere prislisten.»*
- (95) Disse presiseringene må likestilles med opplysninger gitt i selve konkurransegrunnlaget, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2018/467, avsnitt 36.
- (96) Leverandørene var dermed kjent med at prisevalueringen ville foretas basert på et utvalg sammenlignbare produkter innenfor de ulike varegruppene, fastsatt av Tradebroker før tilbudsfristen, og at Tradebroker ville evaluere prislisten ved å søke i mottatte tilbud for å finne tilsvarende produkter.

- (97) Klager gjør videre gjeldende at Tradebrokers utvalg av produkter ikke var rimelig representativt fordi utvalget etter klagers beregninger ikke utgjorde mer enn 25 prosent av det estimerte omfanget.
- (98) Tradebroker har forklart at sammenligningsgrunnlaget, som opprinnelig bestod av 467 produkter, utgjorde ca. 50 prosent av historisk omsetning. Blant produktene i sammenligningsgrunnlaget inngikk også produktene oppgitt i prisskjemaets fane «*Historisk kjøp*» (som stod for 30 prosent av omsetningen i de eksisterende avtalene).
- (99) Etter mottak av tilbudene ble listen redusert til 324 produkter som Tradebroker anså som sammenlignbare. En slik reduisering etter tilbudsåpning kan etter omstendighetene innebære en risiko for at en leverandør favoriseres, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2016/33, avsnitt 58 med videre henvisninger.
- (100) Ettersom prissammenligningen forutsatte at det var tilbudt sammenlignbare produkter, kunne imidlertid ikke justeringen av produktutvalget foretas før tilbudsåpning. Tradebrokers reduksjon av produkter i sammenligningsgrunnlaget er basert på objektive kriterier, den faktiske forekomsten av sammenlignbare varer. Reduksjonen fremstår derfor som saklig og forsvarlig, og det er heller ikke holdepunkter for å anta at reduksjonen kan ha virket diskriminerende.
- (101) Klagenemnda kan heller ikke se at reduksjonen førte til at det produktutvalget som dannet grunnlag for vurderingen, ikke var rimelig representativt.
- (102) Klagers anførsel om at Tradebroker benyttet en ulovlig evalueringsmodell kan etter dette ikke føre frem.

Tildelingsevaluering

- (103) Klager anfører videre at Tradebroker har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4 fordi mange av produktene som ble sammenlignet i evalueringen ikke var sammenlignbare i kvalitet og funksjonalitet. Klager anfører at disse feilene har påvirket utfallet av konkurransen.
- (104) Tradebroker hadde som nevnt etablert en liste med de mest omsatte varer, som sammen med utfylt prisskjema, ville danne grunnlaget for evalueringen. Tradebroker ville søke i de mottatte tilbudene for å finne tilsvarende produkter som de som var inntatt i listen.
- (105) For klagenemnda har klager fremhevet enkelte produkter i Tradebrokers evaluering som etter klagers syn ikke er sammenlignbare.
- (106) Tradebroker har erkjent at det ble begått feil i sammenligningen ved at skolepasser ble sammenlignet med tørkepapir, ved at strekkfilm med ulik forstrekk ble sammenlignet, og at det burde vært valgt et annet batteri fra klagers tilbud enn «*Batteri LR6/AA blister Ultra Alkaline*» for sammenligningen.
- (107) Klagenemnda er enig i at de nevnte produktene ikke var sammenlignbare. Dette innebærer at disse produktene ikke ble evaluert slik som forutsatt i konkurransegrunnlaget, og at evalueringen av disse innebærer et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 4.

- (108) Når det gjelder de øvrige produktene som klager har fremhevet, er Tradebroker uenig i at disse ikke er sammenlignbare.
- (109) Basert på klagers fremlagte oversikt, ser det for eksempel ut til at Tradebroker har sammenlignet «Kaffe EVERGOOD filtermalt 250g» med «Kaffe Evergood fin 300g». Tradebroker har imidlertid forklart at forpakkingsforskjellen på kaffen er hensyntatt ved evalueringen.
- (110) For klagenemnda har Tradebroker fremlagt en evaluering som viser at dersom produktene klager har påpekt utelates fra sammenligningen, endrer ikke dette utfallet av evalueringen, verken av tildelingskriteriet «*økonomiske hensyn*» eller totalt.
- (111) På denne bakgrunn finner ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til om flere av de produktene som klager har fremhevet var sammenlignbare eller ikke.

Likebehandling i forhandlingene

- (112) Klager anfører at Tradebroker har brutt kravet til likebehandling under forhandlingene jf. forsyningsforskriften § 19-11 første ledd og loven § 4, ved å gi Staples og WJ mer konkrete og detaljerte tilbakemeldinger på sine tilbud enn det klager fikk.
- (113) Det følger av forsyningsforskriften § 19-11 første ledd at oppdragsgiveren «*skal behandle leverandørene likt i forhandlingene eller dialogen. Oppdragsgiveren kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.*»
- (114) I det andre forhandlingsmøtet fremla Tradebroker en PowerPoint-presentasjon som inneholdt tilbakemelding til leverandørene. I presentasjonen som ble gitt til klager fremgikk det blant annet at «*innkjøpspriser ligger på linje med konkurrentene*», og at «*Norengros tilbud er foreløpig rangert 3 samlet sett på tildelingskriteriet økonomi*».
- (115) Tilbakemeldingene gitt til Staples og WJ, som er fremlagt for nemnda i sladdede versjoner, viser at de to leverandørene fikk mer utfyllende tilbakemeldinger på pris enn det klager fikk. Det fremgår eksempelvis fra tilbakemeldingen til Staples at «*Staples ser ut til å ha høye priser på [redacted]*», og «*[f]inner ikke rimeligere [redacted], men også [redacted] av samme merke har høyere priser enn konkurrentene*».
- (116) Når tilbudene er ulike, er det naturlig at det vil være forskjeller i hva som tas opp i forhandlingsmøtene, og dermed hvilke tilbakemeldinger som gis. Også klager fikk tilbakemeldinger som ga oppfordring til å vurdere deres tilbud nærmere. Det ble eksempelvis opplyst at klager foreløpig var rangert som nummer tre på tildelingskriteriet økonomi. Klagers rangering på pris i hver av de ulike innkjøpsområdene, ble også angitt.
- (117) WJ og Staples fikk som nevnt tilbakemelding om at de hadde enkeltprodukter og/eller varegrupper med betydeligere høyere innkjøpspris enn de øvrige tilbudene. Dette var ikke tilfellet for klagers tilbud.
- (118) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at Tradebroker har brutt plikten i forsyningsforskriften § 19-11 første ledd til å behandle leverandørene likt i forhandlingene.

Kravet til etterprøvbarehet i loven § 4

- (119) Klager anfører vider at Tradebroker har brutt offentleglova § 3, anskaffelsesforskriften §§ 7-3 og 7-4, samt anskaffelsesloven § 4 fordi klager ikke har fått innsyn i evaluert innkjøpspris per varegruppe, usladdede referater og tilbakemeldinger fra forhandlingsmøtene med Staples og WJ samt opplysninger om priser benyttet i evalueringen.
- (120) Beslutningen om ikke å gi innsyn i de nevnte dokumentene, er begrunnet med at dette enten er opplysninger som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde jf. offentleglova § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, eller at det er interne dokumenter utarbeidet som ledd i egen saksforberedelse som er unntatt offentlighet, jf. offentleglova § 14 første ledd. En avgjørelse om nektet innsyn skal etter systemet i offentleglova § 32 første ledd og forvaltningsloven § 28 første ledd påklages til det organet som er nærmest overordnet det organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda er ikke et ytterligere overordnet klageorgan for innsynsbegjæringer, jf. eksempelvis sak 2019/618 premiss 71.

Tilbakebetaling av klagegebyr

- (121) Nemnda har ovenfor konstatert at Tradebroker har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 4 ved evalueringen av klagers tilbud ved å sammenligne skolepasser med tørkepapir, strekkfilm med ulik forstrekk og ved at det burde vært valgt en annen type batteri fra klagers tilbud ved sammenligningen av produkter.
- (122) Det er imidlertid ikke grunnlag for å konstatere at bruddet har påvirket utfallet av konkurransen, og bruddet gir følgelig ikke klager rett på tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Avinor AS, Bane Nor SF, Helgeland Kraft AS, Vygruppen AS, Skagerak Energi AS og Statnett SF, har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 4 ved evalueringen av tilbudene.

Klagers anførsler om ulovlig direkte anskaffelse, at tilbudene fra Staples og WJ skulle vært avvist, ulovlig evalueringsmodell, brudd på kravet til likebehandling under forhandlingene og brudd på kravet til etterprøvbarehet i loven § 4, har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk