



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av leker og formingsmateriell. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fra konkurransen, fordi det var tilbudt flere varer enn konkurransegrunnlaget åpnet for. Klagenemnda fant ikke holdepunkter for at valgte leverandør hadde tilbudt flere varer enn tillatt, og anførselen førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 4. mai 2020 i sak 2019/331

Klager: AV Form A/S

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 21. februar 2018 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av leker og formingsmateriell. 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 var i konkurransegrunnlaget satt til 5. april 2018, men ble senere endret til 12. april 2018.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at kontrakt ville bli tildelt tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på kriteriene «Pris» (vektet 50 prosent), «Kvalitet» (vektet 20 prosent), «Salgs- og serviceapparat» (vektet 20 prosent) og «Øvrig sortiment» (vektet 20 prosent). Priskriteriet var igjen inndelt i «Totalpris på direkte etterspurt sortiment», «Totalpris på øvrig sortiment ved stikkprøver» og «Rabatt i prosent». Disse utgjorde henholdsvis 60 prosent, 30 prosent og 10 prosent av priskriteriet.
- (3) Det var opp til leverandørene å avgjøre hvilke produkter som ble tilbudt under det øvrige sortimentet. Leverandørene var bedt om å levere en oversikt over disse produktene enten i form av «en Excel-liste eller PDF versjon som inneholder øvrig sortiment, der en av kolonnene inneholder en dedikert link til en produktbeskrivelse (helst med bilde), varenavn, varenummer, mål/størrelse, antall enkeltenheter i salgsenheten, innkjøpspris pr salgsenheten, eks mva uten rabatt og med rabatt. En av kolonnene må inneholde kategorinavn, slik at listen kan filtreres etter kategorier.» Det ble i tillegg opplyst følgende om bedømmelsen av leverandørenes tilbudte øvrige sortiment:

«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'.

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

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.»

- (4) 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.»

- (5) Om evalueringen av tildelingskriteriet «Øvrig sortiment», fremgikk det av kravspesifikasjonen at «[t]ilbudet 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.»
- (6) Fire leverandører leverte tilbud innen fristen, deriblant Trigonor AS, Lekolar AS og AV Form A/S (heretter *klager*).
- (7) Lekolar AS' tilbud ble avvist ved brev 15. mai 2018.
- (8) Ved brev datert 8. august 2018 ble leverandørene meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Trigonor AS. Klagers tilbud ble ansett som det nest beste i konkurransen.
- (9) Lekolar AS og klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved sine klager av henholdsvis 9. juli 2018 og 4. oktober 2018 i de forente saker 2019/226 og 2019/364. Sakene ble underlagt prioritert saksbehandling. I avgjørelsen av 14. november 2018 kom klagenemnda til at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (10) Innklagede inngikk kontrakt med Trigonor AS (heretter *valgte leverandør*) senere samme dag.
- (11) Klager brakte foreliggende klage inn for klagenemnda 9. mai 2019.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. mai 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Etter at det ble gitt innsyn i tilbudets sladdede opplysninger, fremkommer det at valgte leverandør har tilbudt flere varer enn tillatt. Dette er gjort ved at valgte leverandør har operert med varelinjer som er generelle henvisninger til flere variasjoner av én og samme vare. Dette har skjedd ved at det siste sifferet, eller flere siffer, i varenes produktnummer har blitt erstattet med bokstaven *x*, slik at produktnummeret dekker alle variasjoner av varen. Dette er ny informasjon som ikke var tilgjengeliggjort da klager brakte saken inn for klagenemnda ved klage av 4. oktober 2018. Det vises til klagenemndas avgjørelse i forente saker 2018/226 og 2018/364, hvor nemnda var klar på at hvert sett med én

fargevariant av produktet utgjør én egen vare. Valgte leverandørs tilbud har derfor et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, og skulle følgelig ha vært avvist. Manglende avvisning utgjør også et brudd hensynet til likebehandling, jf. loven § 4, fordi Lekolars tilbud ble avvist på tilsvarende grunnlag.

- (14) Dersom det legges til grunn at innholdet i lenken er avgjørende for tolkningen av tilbudets innhold, åpnes det for at tilbudet kan endres mellom tilbudsfristen og tilbudsevalueringen. Som innklagede selv vedgår, er det tilbudet slik det fremstår ved tilbudsåpningen som skal legges til grunn ved vurderingen av om det inneholder avvik. Dersom innklagede ikke kan dokumentere at lenkene i valgte leverandørs tilbud ikke ledet til samlesider for varevariasjoner ved tilbudsevalueringen, fremholdes det at forholdet utgjør et brudd på det grunnleggende kravet til etterprøvnbarhet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Valgte leverandørs tilbud inneholder ikke avvik hva gjelder antall varer som er tilbudt. Det faktum at man kan klikke seg videre til andre farger på vedlagte lenker, medfører ikke at leverandøren også har tilbudt disse produktene. Det vises til at lenken også endres dersom man velger et annet fargealternativ. For øvrig er det uten relevans hva valgte leverandør har gjort på sin egen hjemmeside etter kontraktsinngåelsen. Skjermdumpene fra valgte leverandørs side, som klager har vedlagt klagen, er tatt i tidsrommet 29. januar 2019 til 6. mai 2019. Manglende avvisning av valgte leverandør kan derfor heller ikke utgjøre et brudd på lovens krav til likebehandling.
- (16) Subsidiært er et avvik uansett ikke vesentlig.
- (17) Det bestrides at kravet til etterprøvnbarhet er brutt.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager 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 om kjøp av leker og formingsmaterieell, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 14 millioner kroner per år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av tilbud

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Tilbudet skulle ifølge klager ha vært avvist fordi valgte leverandør har tilbudt flere varer under «*øvrig sortiment*» enn det øvre taket på 1 500 varer.
- (20) Det følger av forskriften § 24-8 første ledd bokstav b at oppdragsgiver skal avvise tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (21) Klagenemnda tar først stilling til om valgte leverandørs tilbud inneholdt et «*avvik*» på dette punktet.
- (22) Konkurranses grunnlaget satte, som nevnt, et øvre tak på 1 500 varer som leverandørene kunne tilby under «*øvrig sortiment*». I de forente sakene 2018/226 og 2018/364 tok klagenemnda stilling til hva som skal anses som én vare i denne sammenheng:

«(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 klarhet på dette punkt. Det var opp til leverandørene 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 leverandørene 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.»

- (23) Klagenemnda legger den samme forståelsen til grunn i vår sak.
- (24) Klager har vist til at valgte leverandør har oppgitt generelle varenumre for flere av varene i produktskjemaet for det øvrige sortimentet. Siffer i det unike varenummeret skal være erstattet med én eller flere x-er, slik at varenummeret ikke identifiserer én spesifikk vare, men flere variasjoner av et produkt, for eksempel ulike farger. Ifølge klager har valgte leverandør dermed tilbudt alle variasjoner av varen med de sifrene som er angitt.
- (25) Innklagede har anført at valgte leverandør kun har tilbudt én vare per varelinje, og at linken som er tatt inn i varelinjen klargjorde hvilken fargevariant som ble tilbudt. Ifølge innklagede hadde hver vare en unik URL, og denne nettadressen ble endret hvis man valgte en annen farge på den aktuelle varen.
- (26) Etter klagenemndas syn er innklagedes fremgangsmåte ved kartleggingen av tilbudets innhold i samsvar med de føringene som ble trukket opp i konkurransegrunnlaget. Det vises i denne sammenheng til at konkurransegrunnlaget ba leverandørene om å gi «*en dedikert link til en produktbeskrivelse (helst med bilde), varenavn, varenummer [...]»*.
- (27) Såfremt linkene i hver varelinje pekte til en bestemt vare, legger klagenemnda til grunn at linkene klargjorde hvilken vare som ble tilbudt. Klager har fremlagt skjermdumper fra valgte leverandørs nettside som blant annet viser at nettadresser det er linket til, er samlersider hvor man selv kan velge farge. Disse skjermdumpene er imidlertid hentet ut fra valgte leverandørs alminnelige nettside flere måneder etter at konkurransen ble avsluttet. Til dette har innklagede bemerket at valgte leverandørs nettside ikke er spesialtilpasset til denne konkurransen, og at nettsiden stadig endres, slik at klagers skjermdumper ikke viser den informasjonen som ble gitt underveis i konkurransen. Klager har for så vidt ikke bestridt at innholdet på enkelte av nettsidene som valgte leverandør har lenket til, er endret.

- (28) Under disse omstendigheter kan ikke klagenemnda basere seg på at skjermdumpene er representative for innholdet av valgte leverandørs tilbud i konkurranseperioden. Innklagede har videre opplyst at det øvrige sortimentet som valgte leverandør tilbød, etter kontraktsinngåelsen ble tatt inn i en egentilpasset nettløsning for innklagede. Klagenemnda forstår dette slik at etableringen av denne nettløsningen ikke avdekket avvik. Etter at konkurransen er avsluttet, er det for øvrig åpnet for utskiftning i sortimentet på de vilkår som følger av samkjøpsavtalens punkt 6.3.
- (29) Klagenemndas skriftlige saksbehandling er ikke innrettet mot å avklare bevisspørsmål som dette. Slik saken fremstår ut fra saksdokumentene, har klagenemnda ikke funnet holdepunkter for at valgte leverandør tilbød flere varer i øvrig sortiment enn den øvre grensen på 1500 varer. Det er etter dette ikke holdepunkter for at valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik. Klagers anførsel om at tilbudet skulle ha vært avvist som følge av vesentlige avvik, fører dermed ikke frem.
- (30) Foranlediget av klagers anførsler finner klagenemnda også grunn til å bemerke at klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2018/226 og 2018/364 ikke kan tas til inntekt for at en overskridelse av det øvre taket på 1500 varer uten videre skal klassifiseres som et vesentlig avvik. I den saken behandlet klagenemnda avvik i Lekolars tilbud. Som bemerket av innklagede, inneholdt Lekolars tilbud 2560 varelinjer, med andre ord en betydelig overskridelse av det øvre taket.
- (31) Etter klagenemndas syn kan ikke etterprøvbarehetsprinsippet strekkes så langt at innklagede under tilbudsevalueringen pliktet å ta skjermdump ved tilbudsåpningen av alle nettsidene det var pekt til. Slik saken er opplyst kan klagenemnda heller ikke på annen måte se at innklagede har tilsidesatt etterprøvbarehetsprinsippet.

Konklusjon:

Oslo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk