



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Innsyn. Tildelingsevaluering

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring for inngåelse av rammeavtale for levering av arbeidsklær og profilkvær. Klager fikk ikke medhold i at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av vesentlig avvik fra kravspesifikasjonens krav til kjeledress. Klagers anførsel om at konkurransegrunnlaget var uklart, førte imidlertid frem. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 29. april 2020 i sak 2019/341

Klager: TESS AS

Innklaget: Kystverket

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Kystverket (heretter *innklagede*) gjennomførte en leverandørkonferanse den 11. juni 2018. Innklagede kunngjorde deretter 16. juli 2018 en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring for inngåelse av rammeavtale om levering av arbeidsklær og profilkvær til rederi, los, beredskap og administrasjon. Oppgitt varighet var 48 måneder. Tilbudsfrist ble angitt til 26. oktober 2018.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 2.2.8 «*Tilbud på deler av oppdraget*»:
«Konkurransegrunnlaget er delt i to produktgrupper; arbeidsklær (del A) og profilkvær (del B). Leverandører kan velge å levere tilbud på begge deler eller velge å levere tilbud på enten arbeidsklær eller profilkvær.»
- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 2.6.1 at kontakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Pris*» vektet 40 prosent, «*Kvalitet*» vektet 40 prosent og «*Logistikk*» vektet 20 prosent. Dokumentasjonskravet for «*Kvalitet*» var: «*synliggjort kvalitet, basert på brukerevaluering*».
- (4) I kravspesifikasjonen under «*Lostjenestens behov*» var det blant annet opplyst:
«Det er også ønskelig at bekledningen skal ha et uniforms preg da Losen er en myndighetsperson i sitt virke - og bruk av fler lags prinsipp i bekledning kan være fornuftig for å imøtekomme alle personlige ønsker i de ulike klimatiske soner.»

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

- (5) Videre var det opplyst at: «*Lostjenestens behov kan deles opp i tre hovedkategorier bekledding;*

- Tradisjonell uniform (eksempelvis ; Forsvaret)

- Arbeidsbekledning

- Skallbekledning over og underdel (3 lags?)

- Kjeledress

- Arbeidsuniform

- Sko

- Hansker

- Profileringsstøy

Tradisjonell uniform og profileringsstøy vil ikke spesifiseres nærmere - men det er ønskelig at leverandør har mulighet for å levere tradisjonelle marine uniformer samt profilering i tråd med vedlegg til denne kravspesifikasjonen».

- (6) I kravspesifikasjonen «*Del A Arbeidsklær*» for «*Lostjenesten*» var det opplyst at evalueringen skulle gjennomføres av et testpanel bestående av omtrent 7 losere: «*Ut fra erfaring var følgende løsninger ønskelig, men ikke absolutte krav, fra brukerne: Godt stoff i halsregionen for å unngå gnaging (fleece el.) Vanntette lommer på ytterplagg for god oppbevaring. Klærne bør være enkle å vedlikeholde*». Brukerne ville evaluere klær ut ifra følgende kriterier:

- Egnethet, herunder lommeløsninger, tekniske løsninger, plassering av klaffer for distinksjon og navnestriper, størrelse (lett å pakke med seg?) etc

- bevegelighet /ergonomisk passform, herunder hvordan jakke sitter over skuldrer, justeringsmuligheter på ermer og midje, hvordan jakke/kjeledress sitter over rygg. Enkelt å bøye hendene for klatring.

- komfort, totalinntrykk av arbeidsklærne.

- Hvordan jakke + bukse fungerer i lag som sett.

- ventilasjon, om arbeidsklærne har muligheter for ventilering, herunder glidelåsløsninger

- Kvalitet, vanntett, vindtett

- (7) I kravspesifikasjonen var følgende opplyst for kjeledress los, avsnittet var merket med symbolet for «*Teksten/spørsmålet inneholder krav som må oppfylles*»:

«Dette produktet brukes av en del losere i dag. Det er et praktisk arbeidsantrekk for en hverdag om bord i fartøyene og på reise.

Krav;

- Marineblå primært, sort sekundært.

- Lomme til VHF.»

- (8) I kravspesifikasjonen var følgende opplyst for arbeidsuniform til los, avsnittet var merket med symbolet for «Teksten/spørsmålet inneholder krav som må oppfylles»:

«Dette produktet er ikke en offisiell akseptert form for uniformering i Lostjenesten i dag - men vi har behov for en arbeidsuniform som alternativ til kjeledress, og ikke så formell som en fullverdig marine uniform (bukse med skjorte og jakke, eller bukse med skjorte og genser). Uniformeringen er tiltenkt brukt som helårs (dog under skall bekledning), og det er derfor praktisk med noen valgmuligheter eksempelvis på overdel (lang ermet, kort ermet etc).

Krav;

- Marineblå primært, sort sekundært

- Lomme til VHF

- Bukse og overdel separat

- Overdel i både genser (zip natogenser) og i piquet.»

- (9) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud fra prekvalifiserte leverandører på konkurransens del A, Arbeidsklær. Herunder fra TESS AS (heretter *klager*) og TOOLS AS (heretter *valgte leverandør*).

- (10) Innklagede hadde forhandlinger med valgte leverandør den 4. desember 2018 og forhandlinger med klager den 5. desember 2018. Frist for revidert tilbud var 11. desember 2018.

- (11) Under punkt 3, «Kystverket gjennomgår resultat fra evaluering», fikk alle leverandørene følgende likelydende «Tilbakemelding kvalitet vare/testing – arbeidsklær» fra innklagede på kategori «Los»:

«Kjeledresser. Her har flere leverandører misforstått og levert nettopp kjeledress. Det er ikke pent nok til bruk som en uniform. Flyvere bruker ofte slike dresser - uten at vi trenger en slik flyverdress».

- (12) Videre i samme tema og kategori fikk valgte leverandør blant annet følgende «Tilbakemelding på enkeltprodukt»:

«Flisjakke. Standard, grei.»

«Kjeledress. Stiv og tykt stoff Også for lite uniformspreget.»

- (13) Klager fikk blant annet følgende «Tilbakemelding enkeltprodukt»:

«Kjeledress - Ikke helt optimal i stoffet, men bærer preg av å være arbeidsdress. Lite uniformspreget.»

«Natogenser levert med høy hals og V-hals. Tynne og myke i stoffet. Det skulle vært med rundt hals.

Ellers levert flisjakke, piqueskjorte, 2 skjorte (bra stoff og kanskje strykkefri?) og chinos. Overdelene mangler skulderklaffer.»

- (14) Innklagede informerte ved tildelingsbrev datert 4. februar 2019 at kontrakt tildeles valgte leverandør for konkurransens del A, arbeidsklær. Valgte leverandør oppnådde 90,86 poeng i evalueringen, mens klager oppnådde 89,01 poeng i evalueringen.
- (15) Evalueringsskjema fremlagt av innklagede på konkurransens del A, arbeidsklær, viser følgende vektet poengfordeling, her gjentas bare valgte leverandør og klager:

	TOOLS AS	TESS AS
40% Kvalitet	32,859	40
20% Logistikk	18	20
40% Pris	40	29,01
Sum	90,859	89,01

- (16) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 12. mars 2019.
- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. mai 2019.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. april 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Det anføres prinsipielt at valgte leverandør skulle ha vært avvist ettersom tilbudet inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b). Valgte leverandør har verken tilbudt en kjeledress med uniformspreg, eller natogenser. Avvikene fra minstekravene medfører vesentlige prisforskjeller som forrykker konkurransen mellom leverandørene.
- (20) Det anføres subsidiært at innklagede har utformet et konkurransegrunnlag i strid med de grunnleggende prinsippene om klarhet og forutberegnelighet, jf. anskaffelsesloven § 4. Innklagede har ikke gitt tilstrekkelig informasjon om hva som ligger i disse kravene. Tilbakemeldingen i forhandlingsrunden ble ikke overholdt og tilbakemeldingene var ikke ensartede.
- (21) Uavhengig av den prinsipielle og subsidiære anførsel har innklagede opptrådt i strid med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene i § 4 ved gjennomføring forhandlinger og tilbudsevaluering. Kravene i kravspesifikasjonen og tilbakemeldingene i forhandlingsrunden ble håndhevet ulikt overfor leverandørene, og den manglende avvissingen medfører at de innkomne tilbudene ikke er sammenlignbare.

- (22) Uavhengig av den prinsipale og subsidiære anførsel har innklagede opptrådt i strid med prinsippet om etterprøvbarhet ved sin behandling av klagers innsynsbegjæring og manglende utsettelse av kontraktsgjøring inntil klager var sikret reell klageadgang.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Innklagede bestrider at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Innklagede evaluerte i denne konkurransen kolleksjoner på 24 produkter per leverandør. Dersom et produkt av 24 produkt ikke er etter forventning, men oppfyller krav kan ikke tilbudet avvises.
- (24) Uniformspreg på kjeledress er utformet som et ønske, ikke som et krav. Produktene som ble levert inn fra leverandørene før forhandlingsrunden oppfylte følgelig kravene satt til kjeledress. Alle leverandørene fikk tilsvarende tilbakemelding i forhandlingene vedrørende kjeledress. Tilbakemeldingen kan naturligvis ikke tolkes som en supplering til eksisterende kravspesifikasjon, men var en tilbakemelding til leverandører på hvordan de har mulighet til å forbedre sitt tilbud.
- (25) Kravspesifikasjonen beskriver to forslag til arbeidsuniform til lostjenesten: bukse, skjorte og jakke eller bukse, skjorte og genser. Valgte leverandør tilbød bukse, skjorte og jakke. Valgte leverandørs tilbud kan følgelig ikke avvises.
- (26) Innklagede bestrider at konkurransegrunnlaget ikke var tilstrekkelig klart. I forkant av konkurransen ble det gjennomført en leverandørkonferanse for å ha dialog med markedet og forklare behovet til leverandørene. Ved mer detaljert beskrivelse av hvert enkelt produkt ville konkurransen blitt forrykket.
- (27) Innklagede bestrider at innklagede har opptrådt i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten, både i forhandlingene og ved behandlingen av klagers innsynsbegjæring.
- (28) Brukerevalueringen gjenspeiler at klager har levert en kolleksjon som svarer bedre til innklagedes forventninger på kvalitet enn hva valgte leverandør har levert, og klager får bedre uttelling på kriteriet «Kvalitet».
- (29) Innklagede vurderte utsettelse av signering, men kunne ikke finne grunnlag for at det var gjort feil i tildelingen. Innklagede var oppmerksom på at bransjen er preget av svært stor konkurranse og ba derfor alle leverandører om å sende inn sin sladdede versjon av tilbudet før innklagede tok en vurdering på hva som er konkurransesensitiv informasjon i bransjen. Valgte leverandør sendte inn dokument som var omfattende sladdet. Klager sendte inn sine dokument som var tilsvarende sladdet. Innklagede vurderte det derfor dithen at konkurransen er så stor i bransjen at omfattende sladding er nødvendig for å ivareta bedriftshemmeligheter.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale om levering av arbeidsklær, som er en vareanskaffelse med hoved-CPV-kode 18110000 - Arbeidsklær. Anskaffelsens verdi er oppgitt å være estimert til 3 360 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b) at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (32) Klager har for det første vist til at valgte leverandørs tilbudte kjeledress avviker fra kravspesifikasjonen. Klagers anførsel bygger på at det skal leveres en kjeledress med uniformspreng.
- (33) Klagenemnda tar først stilling til hvordan kravet til kjeledress skal forstås. Utgangspunktet for denne vurderingen er at kravet skal utformes på en klar og utvetydig måte, som gjør det mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å forstå det på samme måte, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/731, premiss 39 med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*.
- (34) Kjeledress er et av produktene som skulle evalueres av en brukergruppe for evalueringen på tildelingskriteriet «*Kvalitet*». I kravspesifikasjonen var det stilt krav om «*Marineblå primært, sort sekundært*» og «*Lomme til VHF*».
- (35) Etter tilbakemeldingene valgte klager i sitt reviderte tilbud å bytte ut sin tilbudte kjeledress med en av dyrere type. Valgte leverandør opprettholdt sin opprinnelige kjeledress.
- (36) Det fremgår av kravspesifikasjonen under «*Lostjenestens behov*» at det er «*ønskelig at bekledningen skal ha et uniforms preg*». For kravet satt til kjeledress vises det til hvilke farger som skal brukes og at kjeledressen skal ha lomme til VHF. Det fremgår ingen nærmere krav til utformingen av kjeledressen. Klagenemnda kan heller ikke se at tilbakemeldingen leverandørene fikk fra vurderingsgruppene i forhandlingsmøte endrer på dette. Det fremgår klart av referatet fra forhandlingsmøtet at tilbakemeldingen på produktene gikk på evalueringen av «*Kvalitet*», se premiss 11 til 13. Som utgangspunkt vil en mangelfull eller svak besvarelse av et tildelingskriterium, være et forhold som gir grunnlag for dårlig uttelling på kriteriet, men ikke avvisning. Det foreligger følgelig ikke et krav om uniformspreng på kjeledress. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (37) Klager fremholder for det andre at valgte leverandørs tilbudte arbeidsuniform avviker fra kravspesifikasjonen. Klagers anførsel bygger på at det er et skal-krav å levere en genser av typen natogenser. Valgte leverandør har tilbudt en fleeejakke.
- (38) Kravspesifikasjonens beskrivelse av krav til arbeidsuniform til lostjenesten var merket med symbolet for «*Teksten/spørsmålet inneholder krav som må oppfylles*». Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil avvik fra slike krav som et klart utgangspunkt anses vesentlige, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2014/108, premiss 27.
- (39) Kravene til arbeidsuniform for lostjenesten var beskrevet slik:

«Arbeidsuniform Los

Dette produktet er ikke en offisiell akseptert form for uniformering i Lostjenesten i dag - men vi har behov for en arbeidsuniform som alternativ til kjeledress, og ikke så formell som en fullverdig marine uniform (bukse med skjorte og jakke, eller bukse med skjorte og genser). Uniformeringen er tiltenkt brukt som helårs (dog under skall bekledning), og det

er derfor praktisk med noen valgmuligheter eksempelvis på overdel (lang ermet, kort ermet etc). Krav;

- Marineblå primært, sort sekundært

- Lomme til VHF

- Bukse og overdel separat

- Overdel i både genser (zip natogenser) og i piquet.»

- (40) Innklagede har forklart at redegjørelsen beskriver to forslag til løsninger, valgte leverandør tilbød bukse, skjorte og jakke, og oppfylte dermed kravet til arbeidsuniform til lostjenesten.
- (41) Av redegjørelsen fremgår det at innklagede ønsker en arbeidsuniform som ikke er så formell som en fullverdig marineuniform. Klagenemnda leser derimot eksemplene slik at de viser til hvordan *marineuniformer* ser ut. Dette følger av at eksemplene direkte etterfølger ordet i parentes, og at tradisjonell uniform til lostjenesten er en egen del av bekledingen som rammeavtalen skal dekke. Klagenemnda er derfor ikke enig med innklagede i at eksemplene kan tolkes slik at de angir hvilke løsninger leverandørene kunne tilby.
- (42) Slik klagenemnda forstår det, har partene lagt til grunn hver sin forståelse av hvilke krav som må oppfylles ifølge kravspesifikasjonen. Innklagedes argumentasjon bygger på at det ikke er stilt absolutte krav til plaggene leverandørene skulle tilby, utover at leverandørene skulle tilby en arbeidsuniform til los. Klager tolker derimot kravspesifikasjonen slik at det er stilt et absolutt krav til at leverandørene må tilby natogenser.
- (43) Under dette avsnittet i kravspesifikasjonen, var det blant annet satt opp en punktliste kalt «*Krav*». Et av punktene var «*Overdel i både genser (zip natogenser) og i piquet*». En mulig tolkning av kravspesifikasjonen er at det var punktene i denne listen som var ment som krav som måtte oppfylles, slik at leverandørene måtte tilby en zip natogenser.
- (44) På den andre siden er det også angitt i dette avsnittet at det er «*praktisk med noen valgmuligheter eksempelvis på overdel (lang ermet, kort ermet etc)*». Denne formuleringen kan tilsa at det ikke var utelukket å tilby alternativer til det som var angitt i punktlisten.
- (45) Det var angitt at avsnittet om arbeidsuniform inneholdt krav til hva leverandørene måtte tilby, og arbeidsuniformen skulle også være gjenstand for evaluering under tildelingskriteriet «*Kvalitet*». For klagenemnda fremstår det derfor uklart hvilke krav leverandørene måtte oppfylle, og hva som skulle være gjenstand for evaluering. At leverandørene la ulike forutsetninger til grunn har derfor hatt innvirkning på både pris og kvalitet. Kravet var dermed ikke utformet på en slik måte at det var mulig for alle rimelig opplyste og alminnelige aktsomme leverandører å forstå kravet på samme måte.
- (46) Konkurransesgrunnlaget er følgelig ikke utformet på en måte som ga tilbyderne et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Innklagede har dermed brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4.

- (47) Feilen har påvirket utformingen av tilbudene. Konkurransen skulle følgelig ha vært avlyst, hvilket også gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (48) På bakgrunn av at klagenemnda har kommet til at konkurransen skulle ha vært avlyst, går ikke nemnda nærmere inn på klagers øvrige anførsler. Til klagers anførsel knyttet til innsyn, finner klagenemnda likevel grunn til å bemerke at klagenemnda ikke er et klageorgan for avslag på innsynsbegjæringer.

Konklusjon:

Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av vesentlig avvik fra kravspesifikasjonens krav til kjeledress har ikke ført frem.

Kystverket har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag.

Klagers øvrige anførsler er ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk