



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

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

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for leveranse av arbeidsklær, verneutstyr og tilhørende produkter og tjenester. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket å avvise tilbudet fra klager. Videre anførte klager at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 6. desember 2021 i sak 2020/991

Klager: Rubix AS (tidligere Brammer AS)

Innklaget: Forsvarsdepartementet v/Forsvarets logistikkorganisasjon

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Kjersti Holum Karlstrøm og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsdepartementet v/Forsvarets logistikkorganisasjon (FLO) (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. februar 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for leveranse av arbeidsklær, verneutstyr og tilhørende produkter og tjenester. Anskaffelsens verdi ble estimert til 85 millioner kroner. Tilbudsfristen var 16. mars 2020.
- (2) Kontrakt ville bli tildelt tilbudet med lavest pris.
- (3) I kravspesifikasjonen stod det at innklagede hadde fastsatt enkelte minimumskrav eller absolutte krav til produktene, såkalte A-krav. Om A-krav stod det blant annet:

«Kravet må tilfredsstilles. Kravet er å anse som et minimumskrav som ikke er gjenstand for relativ vurdering.

[...]

Dersom et A-krav oppgis som ikke oppfylt, kan det medføre at leverandøren avvises fra konkurransen.»

- (4) Det fulgte av krav 3.1.2 i vedlegg B at:

«Leverandøren skal ha et sortiment med produkter som er sertifisert i henhold til den til enhver tid gjeldende og relevante sertifiseringen for beskyttelse mot følgende helse – og sikkerhetsrisikoer, se punkt 1-16 under.

- (5) For arbeidsjakker, kjeledresser, arbeidsbukser, vester og genser var det krav om høy synlighet (NS-EN ISO 20471:2013 eller tilsvarende). For arbeidsjakker, kjeledresser og

arbeidsbukser var det krav om NS-EN 342:2017 eller tilsvarende. Dette kravet gjaldt hvilken kulde produktet måtte tåle.

- (6) Til slutt under punkt 3.1.2 i vedlegg B stod det at:

«Under Rammeavtalens varighet skal Leverandøren kunne tilby ulike beskyttelsesnivåer under de ulike områdene, inkludert høyeste beskyttelsesnivå der sertifiseringene har ulike nivåer eller klasser.»

- (7) Av konkurransegrunnlaget vedlegg D, fremgikk det et skjema der leverandørene skulle legge inn og prise 54 av produktene som var etterspurt i konkurransen. De tilbudte produktene skulle tilfredsstille ulike krav som var oppstilt i kolonne C i skjemaet. Videre var det opplyst om at leverandørene skulle levere inn dokumentasjon som viste at tilbudt produkt oppfylte kravene oppstilt i vedlegg D kolonne C.
- (8) For «*Jakke, microfleece*» var det blant annet stilt krav om innerlomme. For «*Arbeidsjakke, multinorm*» var det stilt krav om sertifisering i henhold til NS-EN ISO 20471:2013, klasse 3 eller tilsvarende. For «*kjeledress, multinorm, vinter*» var det stilt krav om sertifisering i henhold til EN 342:2017 eller tilsvarende. For «*Vernebrille, integrert for vernehjelm*» var det stilt krav om at de «*[p]asser en eller flere av tilbudte vernehjelmer slik at det er enkelt å bruke begge samtidig*». For «*Høy vernestøvel*» var det stilt følgende krav: «*NS-EN ISO 20345:2011 eller tilsvarende, Antistatiske egenskaper, Vannavvisende*». For «*hals*» var det stilt krav om ull eller merinoull. For «*lue*» var det stilt krav om ull eller ullblanding. For «*Balaklava*» var det stilt krav om ull.
- (9) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagde seks tilbud, herunder fra Rubix AS (tidligere Brammer AS) (heretter *klager*) og Tools AS.
- (10) Ved brev datert 23. mars 2020 meddelte innklagede at klager var avvist fra konkurransen. Begrunnelsen var at klagers tilbud inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (11) Klager påklagde avvisningen. I klage på avvisning av 27. mars 2020, stod det om «*Jakke, microfleece*» at den «*kan produseres med ekstra innerlomme eller brystlomme*». Innklagde meddelte i brev 6. april 2020 at klagen ikke ble tatt til følge.
- (12) I tildelingsbrev datert 21. april 2020 fremgikk det at Tools AS (heretter *valgte leverandør*) hadde lavest pris og dermed høyest poengsum. Lyreco Norge AS og Wurth Modyf AS var innstilt på henholdsvis andre- og tredjeplass.
- (13) Klager begjærte midlertidig forføyning den 12. mai 2020. Muntlig forhandling ble gjennomført 10. og 11. juni 2020. I kjennelse av 19. juni 2020 kom Oslo byfogdembete til at vilkårene for midlertidig forføyning ikke var oppfylt.
- (14) Etter avsagt kjennelse, ble kontrakt inngått med valgte leverandør 25. juni 2020. Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. desember 2020.
- (15) Klagenemndssekretariatet avviste klagen 6. juli 2021 med hjemmel i klagenemndforskriften § 9. Sekretariatet mente klagen var uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda siden saken hadde vært gjenstand for behandling ved Oslo byfogdembete i forbindelse med en begjæring om midlertidig forføyning.

- (16) Klager påklaget avvisningsvedtaket 7. juli 2021 til klagenemndas leder. Klagen på avvisningsvedtaket ble tatt til følge 21. september 2021.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. desember 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager. De tilbudte produktene «*microfleece jakke*», «*høy verne støvel*» og «*vernebrille, integrert for vernehjelm*» tilfredsstillter kravene som er stilt. For «*arbeidsjakke, multinorm*» og «*kjeledress, multinorm, vinter*» foreligger det ikke avvik da klager har forpliktet seg til å levere korrekt produkt. Tilbudet fra klager inneholder ikke et «*vesentlig avvik*».
- (19) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet til valgte leverandør da det inneholdt et forbehold som utgjør et «*vesentlig avvik*».
- (20) Innklagede har ikke en avvisningsrett etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b. Klagers avvik må anses ubetydelige. Subsidiært må en slik avvisningsrett praktiseres i samsvar med de grunnleggende krav som gjelder for oppdragsgivers skjønnsutøvelse. I dette tilfellet har innklagede valgt ikke å benytte avvisningsretten ovenfor øvrige leverandører som har likeartede og langt flere avvik enn klager.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Klagers tilbud inneholdt vesentlig avvik og er rettmessig blitt avvist.
- (22) For det tilfellet at avvikene i klagers tilbud ikke skulle anses som vesentlige, forelå det uansett en avvisningsrett da avvikene i klagers tilbud ikke var ubetydelige, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (23) Tilbudet fra valgte leverandør inneholdt ikke forbehold og tilbudet deres skulle ikke vært avvist.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale for leveranse av arbeidsklær, verneutstyr og tilhørende produkter og tjenester som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 85 millioner 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (25) Klagenemnda har vurdert om saken burde avvises med hjemmel i klagenemndforskriften § 9 som «uhensiktsmessig for behandling». Nemnda er imidlertid kommet til at saken likevel realitetsbehandles i tråd med det som i lang tid har vært nemndas praksis ved behandlingen av saker som har vært behandlet av domstolene i forbindelse med begjæring om midlertidig forføyning. Slik nemnda vurderer denne saken, er det ingen konkrete grunner til å fravike gjeldende praksis.

Avvisning av klagers tilbud

- (26) Klagenemnda skal først ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager.
- (27) Det står i forskriften § 24-8 (1) at oppdragsgiveren skal avvise tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (28) Klager har erkjent at foreligger avvik fra produktbeskrivelsen for produktene «*balaklava*», «*hals*» og «*lue*», som ikke oppfyller kravene om at produktene skulle være i ull. Innklagede har fastholdt at det foreligger fem øvrige avvik utover disse.
- (29) For «*Arbeidsjakke, multinorm*» var det stilt krav om sertifisering i henhold til NS-EN ISO 20471:2013, klasse 3 eller tilsvarende. For «*kjeledress, multinorm, vinter*» var det stilt krav om sertifisering i henhold til EN 342:2017 eller tilsvarende. Klager tilbød produkter med lavere sertifiseringsklasse. Det innebar lavere synlighet for jakken og at kjeledressen tålte mindre kulde.
- (30) Klager fremholder at disse avvikene var uten betydning, da klager hadde forpliktet seg til å ha produkter med den relevante klassifiseringen gjennom bekreftelsen som ble gitt i konkurransegrunnlaget vedlegg B Kravspesifikasjon punkt 3.1.2. Klagenemnda er imidlertid av den oppfatning at innklagede ikke kunne legge til grunn at klager hadde tilbudt produkter som oppfylte kravspesifikasjonen, da det klart fremgikk av tilbudet at det ikke var tilfellet.
- (31) For «*Jakke, microfleece*» var det blant annet stilt krav om innerlomme. Produktdatabladet som klager leverte sammen med tilbudet, viste til et produkt som ikke hadde innerlomme. I klagen på avvisningen, opplyste klager om at jakken «*kan produseres med ekstra innerlomme*». Klagenemnda bemerker at det forelå et avvik på dette punktet da tilbudet ble innlevert. Innklagede kunne dermed ikke ta hensyn til den nye informasjon fra klager, da det ville ha medført en forbedring av tilbudet.
- (32) Klager fremholder at likebehandlingsprinsippet er brutt, ved at innklagede ikke tok i betraktning den supplerende dokumentasjon om tilbudt jakke, samtidig som innklagede tok i betraktning «*helt tilsvarende*» avklaringer og suppleringer ved valgte leverandørs tilbud.
- (33) I valgte leverandørs tilbud var taust om et av produktene hadde knelommer som ville kunne brukes med kneputer. Innklagede har forklart at valgte leverandør svarte bekreftende på at deres produkter hadde de etterspurte egenskapene. Dette i motsetning til klagers tilbud der databladet for jakken viste at produktet ikke hadde innerlomme. Klagenemnda bemerker derfor at det var to ulike tilfeller, og at det dermed ikke foreligger brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (34) Et annet etterspurt produkt var «*vernebrille, integrert for vernehjelm*». Som kommentar til produktet stod det: «*Passer en eller flere av tilbudte vernehjelmer slik at det er enkelt å bruke begge samtidig*». Klager har tilbudt vernebriller som ikke kan festes i hjelmen, men som i stedet hadde en stropp som festemekanisme til hodet. Sett hen til at det var bedt om vernebriller som var «*integrert*» for vernehjelmen, mener klagenemnda at det var etterspurt vernebriller som kunne festes til tilbudt hjelm. Klagers produkt avvek dermed fra det som var etterspurt.

- (35) Innklagede har også vurdert det slik at klager ikke har tilbudt en «*høy vernestøvel*». Det var ikke nærmere spesifisert i konkurransegrunnlaget hva som utgjør en «*høy*» vernestøvel. Klagenemnda er imidlertid ut fra fremlagte bilder av de tilbudte vernestøvlene, enig med innklagede i at klagers tilbudte støvler ikke, ut fra en objektiv vurdering, kan karakteriseres som høye. Når det gjelder sammenligningen med støvelen tilbudt av Lyreco Norge AS, finner klagenemnda det tilstrekkelig å vise til at tilbudet fra denne leverandøren uansett ble rangert som nummer to i konkurransen. Nemnda finner det derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.
- (36) Klagenemnda er etter dette kommet til at klagers tilbud inneholdt avvik når det gjaldt åtte av de tilbudte produktene. Det neste spørsmålet er om avvikene må anses vesentlige, og at det dermed var riktig å avvise klagers tilbud.
- (37) Det er tale om avvik fra tydelige krav i anskaffelsesdokumentene. Noen av kravene gjaldt sikkerhetsmessige krav og refererte til bestemte klasser av standarder. Standardene var listet opp som absolutte krav (type A-krav), og det var satt spesifikke krav til beskyttelsesnivå eller klasse. Det var opplyst i konkurransegrunnlaget at manglende oppfyllelse av A-kravene kunne medføre avvising. Klassifiseringen som A-krav ga dermed et signal om at kravene var viktig for innklagede.
- (38) De aktuelle produktene var produkter innklagede har bedt om pris på, og som var omtalt som «*volumprodukter*» i konkurransegrunnlaget. Også av denne grunn fremstod kravene til disse produktene som viktige. Dette gjør seg gjeldende selv om antallet produkter som var etterspurt, var langt høyere enn de produktene innklagede hadde satt spesifikke krav til, og som skulle danne grunnlag for prisevalueringen.
- (39) Basert på avvikene i denne saken, er klagenemnda av den oppfatning at de prismessige konsekvensene av avvikene er av mindre betydning i vesentlighetsvurderingen.
- (40) Samlet sett må avvikene derfor anses vesentlige. Nemnda finner det derfor ikke nødvendig til å gå nærmere inn på spørsmålet om innklagede uansett hadde en avviseringsrett etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (41) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Klagenemnda er kun bedt om å ta stilling til valgte leverandørs formuleringer knyttet til levering og Covid-19.
- (42) Formuleringen i valgte leverandørs tilbud var følgende:

«TOOLS ønsker i denne anledning å gjøre oppmerksom på at verdensmarkedet på smittevernutstyr er vanskelig på tilbudstidspunktet på grunn av situasjonen med Covid-19 og det er produkter vi, i likhet med øvrige leverandører, per tiden ikke er leveringsdyktige på fordi produsenter prioriterer de ulike lands helsevesen. Dette angår engangshansker, vernebrille lettvekt og vernebrille i vårt tilbud, i tillegg til støvmasker, engangsdresser og helvisir per nå. Det kan av samme grunn oppstå leveringsutfordringer på andre produkter relatert til smittevern som i dag ikke er kjent, på ett senere tidspunkt. Dette vil - dersom situasjonen vedvarer - kunne få betydning for muligheten til å levere de aktuelle smittevernsrelaterte produkter, og dermed kontraktsoppfyllelse/rettidig levering. Vi har på denne bakgrunn lagt ett avvik til konkurransegrunnlaget i dokument for dette.

Det bekreftes utover dette ved underskrift at TOOLS AS aksepterer samtlige oppstilte krav i Konkurransgrunnlaget. Vi har særskilt lest og akseptert Bilag 3 - Etisk egenerklæring og Bilag 4 - Varsomhet, taushetsplikt og habilitet. Vedlagt vårt tilbud finner dere signert Bilag G-1 Etiske Krav.»

- (43) Klagenemnda er av den oppfatning at de aktuelle formuleringene etter sin ordlyd ikke innebærer en risikoforskyvning i kontraktsforholdet. Formuleringene bærer mer preg av å være generelt informative snarere enn direkte forbehold knyttet til spesifikke kontraktsforpliktelser. Det er ikke angitt at valgte leverandør mener å overføre noe risiko fra leverandøren til innklagede.
- (44) Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Forsvarsdepartementet v/Forsvarets logistikkorganisasjon har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk