



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Uklart konkurransegrunnlag, Ulovlig tildelingskriterium, Ulovlig tildelingsevaluering

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp av datautstyr. Konkurransegrunnlaget la opp til at kontrakt ville tildeles tilbyderen som tilbudte det beste forholdet mellom pris og kvalitet, der kvalitet ble vurdert ut fra etiske tildelingskriterier. Klagenemnda kom til at enkelte av de etiske tildelingskriteriene ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til leveransen, slik at konkurransen måtte avlyses. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 27. april 2021 i sak 2021/60

Klager: Bedriftssystemer AS

Innklaget: Stavanger kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Stavanger kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 18. september 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp av datautstyr. Rammeavtalen hadde en varighet på inntil fire (2+1+1) år. Anskaffelsens verdi var estimert til 52 millioner kroner. Tilbudsfristen var opprinnelig 20. oktober 2020, men fristen ble forlenget til 2. november 2020.
- (2) Blant kravene til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner fremgikk følgende krav til «*Styring og sporing av leveransekjeden*»:

«Leverandøren vil være i stand til å anvende følgende styring av leveringskjeden og sporingssystemer ved gjennomføring av kontrakten:

Krav til oppfyllelse

Krav: Leverandøren skal ha et kvalitetssikringssystem som skal sikre at tilbyder er egnet til å oppfylle de etiske kontraktsvilkår som gjelder for denne rammeavtale. Dette innebærer at tilbyder skal ha metoder for kvalitetssikring som beskriver hvordan selskapet arbeider for å etterleve krav til etisk handel i virksomheten og i leverandørkjeden. Dokumentasjonsbevis: Leverandøren skal fremlegge utfylt svarskjema ved tilbudsfrist for delkrav med tilhørende dokumentasjon knyttet til følgende forhold: 1. System for sporbarhet i leverandørkjeden 2. Risikoanalyse av utvalgte produkter 3. Formidling av og system for oppfølging av Code of Conduct i leverandørkjeden En beskrivelse av hvert enkelt delkrav og krav til dokumentasjon foreligger i eget vedlegg: "Delkrav og svarskjema for etisk handel". MERK: Tilbyder skal dokumentere og fylle ut skjema i henhold til spesifikasjonene i vedlegget. En veileder om hvordan man kan jobbe

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

systematisk med etisk handel foreligger på Initiativ for etisk handel (IEH) sine nettsider på www.etiskhandel.no/veileder/. Merk også at tilbyder som vinner anbudet skal signere kundens etiske avtalevilkår før rammeavtalen signeres. Se faneblad dokumenter for avtalevilkår.»

- (3) I vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget («Etikk og bærekraft i konkurransen») fremgikk følgende informasjon om etisk handel:

«Det følger av anskaffelsesregelverket at offentlig forvaltning skal ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter, se anskaffelsesloven § 5.

[...]

Offentlig sektor er landets største kunde og forbruker. Med dette følger stor innkjøpsmakt og et stort ansvar. Gjennom forvaltningen av fellesskapets ressurser bør offentlige virksomheter gå foran og etterspørre varer som er tilvirket etter høye etiske og sosiale standarder for arbeids- og miljøforhold i leverandørkjeden. Det betyr at innkjøpsmakten skal brukes på en måte som fremmer ansvarlig handel og rettferdig konkurranse mellom leverandører, der samfunnsansvar er en viktig komponent på linje med pris, kvalitet, leveringssikkerhet, osv.

En viktig målsetning er at etisk handel skal bidra til at useriøse leverandører ikke tildeles offentlige kontrakter. En annen, og like viktig målsetning, er at offentlig sektor anskaffer varer og tjenester på en måte som bidrar til at de som lager produktene får sine grunnleggende rettigheter oppfylt og at produksjonen ikke er tilskade for miljøet.

Stavanger kommune vedtok i 2018 en ambisiøs klima- og miljøplan. Strategisk bruk av anskaffelser er et av flere viktige virkemidler for å oppnå klima- og miljømålene. Stavanger kommune ønsker å være ledende med hensyn til ivaretagelse av etiske krav til menneskerettigheter og sporbarhet i leverandørkjeden ved vareanskaffelser innenfor utsatte områder.

På grunn av bruken av konfliktmineraler i produksjonen av varene, produksjonssted med mer, anses maskinvare for å være et utsatt marked med hensyn til brudd på arbeidstaker- og menneskerettigheter, jf. OECDs retningslinjer for risiko- og aktsomhetsvurdering.

Konkurransen er utformet i henhold til EUs retningslinjer for bærekraftige og etiske IT kjøp.»

- (4) De etiske kontraktsvilkårene fremgikk av vedlegg 4 til konkurransegrunnlaget («Kontraktsvilkår for ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter i leverandørkjeden»).
- (5) Rammeavtalen ville tildeles tilbyderen med det beste tilbudet, basert på kriteriene pris (40 prosent) og etiske tildelingskriterier (60 prosent). De etiske kriteriene besto av fire underkriterier som var vektet 25 prosent hver.
- (6) Det første kriteriet var «Etisk og ansvarlig handel hos tilbyder», hvor det fremgikk at tilbudene skulle evalueres ut fra tilbydernes «rutiner for å sikre etisk og ansvarlig handel hos tilbyder». Det var stilt følgende dokumentasjonskrav:

- *«Tilbyder skal beskrive opplæringsrutiner av medarbeidere med hensyn til firmaets forventninger og policy knyttet til etisk og ansvarlig handel.*
- *Tilbyder skal redegjøre for hvordan tilbyder vurderer eller måler arbeids- og menneskerettigheter i tilknytning til kostnader, leveringstid, kvalitet og miljømessige parameter.*
- *Prosedyrer for karantenetid eller terminering av kontrakter med produsenter som ikke ivaretar arbeids- og menneskerettigheter skal beskrives.*

Det vil vektas positivt dersom tilbyder kan dokumentere ovennevnte og poeng vil bli gitt med hensyn til dybdeinformasjonen som legges frem.»

- (7) Det andre kriteriet var *«Produsentens code of conduct»*, hvor tilbyderne ble bedt om å *«beskrive sin forsyningskjede for de produkter som tilbys»*. Det var stilt følgende dokumentasjonskrav:

- *Tilbyder skal vedlegge datamaskinprodusentens offentlig tilgjengelige code of conduct som blant annet kan inneholde eller adressere barnearbeid, tvangsarbeid, arbeidstid, lønn, diskriminering, helse, miljø og sikkerhet, fagforeningsfrihet, kollektive forhandlinger og ellers human behandling av ansatte.*
- *Det skal også legges frem code of conduct for gruve og utvinningsleddene for forsyningskjeden til datamaskinene som tilbuds.*

Relevante ledd:

- *sammensetning av produkt*
- *komponenter til produkt*
- *utvinning av mineraler og metall (Smelting)*
- *gruvestadiet*

Tilbyder skal dertil oppgi liste av utvinningsanlegg, gruver og andre lokasjoner som er relevante for datamaskinene de selger.

Dersom en liste av utvinningsanlegg ikke eksisterer eller er komplett ved tilbudsfrist, bes tilbyder beskrive hvordan det arbeider med å utvikle en slik liste, når listen vil bli tilgjengelig for kunden og hvilke ressurser som blir brukt for å sammenstille slik informasjon hos tilbyder.

Det vil vektas positivt dersom tilbyder kan dokumentere ovennevnte informasjon. Poeng vil bli tildelt med hensyn til dybdeinformasjon som legges frem.

- (8) Det tredje kriteriet var *«Kapasitetsbygging knyttet til forsynings- og produksjonsleddene»*, hvor det ble opplyst at tilbyderne *«bør etterstrebe å tilby IT utstyr fra merkevareeiere som arbeider aktivt med å sikre basale arbeids- og menneskerettigheter i forsyningskjeden i høyrisikoland»*. Det var stilt følgende dokumentasjonskrav:

- *«Tilbyder skal beskrive organisasjonens program med forsynings- og produsentleddene.*
- *Beskrivelse av tilbyders kapasitetsbygging- her tiltak som opplæring og workshops.*

- *Informasjon om den oppnådde effekten kapasitetsbygging har medført, som for eksempel antall program/workshoper, tilknyttede effekter eller utfall arbeidet har medført med hensyn til arbeidernes livskvalitet.*

Note til merkevarereiere: Det vil si firmaet som markedsfører og selger produktene med sitt varemerke, «brand»,

Note til høyrisikoland: Høyrisikoland, det vil si land hvor risikoen for menneskerettighetsbrudd er høy. For eksempel Kina, Malaysia osv.

Det vil vektas positivt dersom tilbyder kan dokumentere ovennevnte informasjon. Poeng vil bli tildelt med hensyn til dybdeinformasjon som legges frem».

- (9) Det fjerde kriteriet var «*Eksternt samarbeid i produsent/forsyningskjeden*», hvor det var vist til at tilbyderne «*bør samarbeide med eksterne organisasjoner, som for eksempel ikke- statlige organisasjoner, ideelle organisasjoner og myndigheter, for å sette arbeids- og menneskerettigheter på dagsorden og for å øke sin innvirkning i produsent/forsyningskjeden*». Det var stilt følgende dokumentasjonskrav:

- *«Tilbyder bes vedlegge eller legge ved en lenke til firmaets ansvarlighet/bærekraftsrapport eller annen offentlig kommunikasjon som beskriver markedet eller organisasjoner med mer som de samarbeider med for å øke sin innvirkning i produsent/forsyningskjeden.*
- *Bevis på samarbeid som rapporter, kommunikasjon, revisjonsresultater eller annen dokumentasjon som stadfester hvordan tilbyder adresserer arbeids- og menneskerettigheter i egen forsyningskjede, bes vedlegges konkurransen.*

RBA, BSR, Global E- Sustainability Initiative, Conflict- Free Smelter Program og The Semiconductor Industry Association er alle eksempler på markeds eller medlemsorganisasjoner som arbeider med eksterne interessenter med hensyn til kapasitetsbygging.

Note til samarbeidsparter nevnt over: Dette er eksemplifisering og ikke en uttømmende liste.

Det vil vektas positivt dersom tilbyder kan dokumentere slikt samarbeid. Poeng vil bli tildelt med hensyn til dybdeinformasjon som legges frem.»

- (10) Advania AS, Atea AS og Bedriftssystemer AS (heretter *klager*) leverte tilbud innen tilbudsfristen.
- (11) Kontrakt ble tildelt Atea AS (heretter *valgte leverandør*) 27. november 2020. Av tildelingsbrevet gikk det frem at klager var rangert som nummer tre, med høyeste tilbudspris og lavest uttelling på de etiske kriteriene. Evalueringen av klagers besvarelse på de etiske kriteriene var begrunnet på følgende måte:

«Evalueringen av etisk og ansvarlig handel hos tilbyder

Leverandøren viser i store trekk hvordan det jobbes internt og eksternt, men sett opp imot beste leverandør trekkes det noe for mangel på utdypende informasjon.

Evalueringen av produsentens code of conduct

Leverandøren har lagt ved en god del informasjon og gis plusspoeng for dette, men sett opp imot beste leverandør, trekkes det noe for å ikke legge ved utdypende informasjon.

Evalueringen av kapasitetsbygging knyttet til forsynings- og produksjonsleddene

Leverandøren gis plusspoeng for å vise til valg av produsent av produkter som tilbys. Det vises til prinsipper, men mangler utfyllende informasjon på hvordan leverandøren jobber med videre med disse internt. Sett opp imot beste leverandør gir dette trekk i poeng.

Evalueringen av eksternt samarbeid i produsent/forsyningskjede

Oppdragsgiver har sett leverandørens størrelse opp imot de andre tilbyderne og har sett besvarelsen basert på dette. Det gis pluss for at leverandør har satt i gang arbeid med etiske prosesser, men sammenlignet med beste leverandør trekkes det i poeng for manglende rapporter.»

- (12) Klager påklaget tildelingen 14. desember 2020 med anmodning om avlysning av konkurransen. Innklagede opprettholdt tildelingen i svarbrev 11. januar 2021.
- (13) Klager brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. januar 2021. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse er utsatt i påvente av klagenemndas avgjørelse. Saken har derfor vært prioritert.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. mars 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme uklare tildelingskriterier som mangler tilstrekkelig tilknytning til leveransen, og som også overlater for stor skjønnsfrihet til innklagede. De tilhørende dokumentasjonskravene gir ikke grunnlag for en etterprøvable, objektiv og effektiv kontroll av tilbudene.
- (16) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene, ved at det er lagt vekt på mengden og dybden av informasjonen, fremfor det kvalitative innholdet i informasjonen.
- (17) Innklagede har brutt kravene til begrunnelse for valg av leverandør i forskriften § 25-1.
- (18) Feilene som er begått i forbindelse med gjennomføringen av denne konkurransen, medfører både hver for seg og samlet at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket, og at det er begått feil som medfører plikt til å avlyse konkurransen.
- (20) De etiske tildelingskriteriene er klart og presist utformet, og det er angitt hvilke forhold som vil gi uttelling under hvert underkriterium. Det er også etterspurt tilstrekkelig dokumentasjon i tilknytning til hvert underkriterium.
- (21) At man har trukket ned for mangel på utdypende informasjon under de enkelte kriteriene, tilsier ikke at man har vektlagt mengden informasjon fremfor det kvalitative innholdet i

beskrivelsene. Valgte leverandør har utdypet sine besvareelser i større grad enn klager, og man vurderte dette slik at valgte leverandør har beskrevet sine vurderinger og tiltak rundt de etiske kriteriene på en kvalitativt bedre måte.

- (22) Innklagedes begrunnelse for valg av leverandør gjør rede for hvorfor valgte leverandør falt best ut i forhold til de øvrige tilbudene. Dette er tilstrekkelig.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale om kjøp av datautstyr, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 52 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (24) Klagenemnda tar først stilling til om tildelingskriteriet «*Etiske tildelingskriterier*» er i strid med regelverket.
- (25) Nemnda bemerker innledningsvis at bruken av etiske krav og kriterier, og også krav knyttet til å fremme arbeidstakeres arbeids- og menneskerettigheter under produksjon og handel med varer, har en side mot loven § 5 om miljø, menneskerettigheter og andre samfunnshensyn. Av første ledd går det frem at oppdragsgivere skal ha «*egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter*». I andre ledd står det videre at oppdragsgivere kan fremme slike hensyn ved å stille «*egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen*». Det forutsettes imidlertid at «*kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen*».
- (26) Bestemmelsen er ny med gjeldende anskaffelseslov, men inneholder elementer fra den gamle anskaffelsesloven (1999) § 6, hvor det var oppstilt en plikt for oppdragsgivere til å hensynta livssyklus kostnader, universell utforming og miljø.
- (27) Paragraf 5 gir en vid adgang til å fremme blant annet menneskerettigheter gjennom anskaffelsesprosessen, herunder ved bruk av tildelingskriterier. Departementet presiserte imidlertid at bruk av slike krav og kriterier må være innenfor de begrensninger regelverket, herunder EØS-retten, setter, jf. Prop.51 L (2015-2016) s. 83-84.
- (28) Det kreves derfor at tildelingskriteriene utformes med sikte på å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og kravene må ha tilknytning til leveransen. Tilknytningskravet presiseres i forskriften § 18-1 (4):
- «Tildelingskriteriene har tilknytning til leveransen når de relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Dette omfatter alle sider av og trinn i deres livssyklus, inkludert faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringen av eller handelen med dem eller en annen prosess i livssyklusen. Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker deres egenskaper».*
- (29) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at et tildelingskriterium har tilknytning til leveransen «*når det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys*», jf. eksempelvis nemndas avgjørelser i sakene 2020/802 avsnitt 30 og 2015/149 avsnitt 30 flg. I EU-domstolens sak C-368/10 (Max Havelaar) ble et tildelingskriterium

som la opp til å premiere at varene var merket med et økologisk stempel, og med et merke kalt Max Havelaar (*Fair Trade*), ansett å ha tilstrekkelig tilknytning, ettersom slike merker dokumenterer forhold ved produksjon og handel med den aktuelle varen som bærer merkene, se premiss 84 flg. I EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) uttalte domstolen at et kriterium som legger opp til å premiere tilbydernes kapasitet til å levere strøm som stammer fra fornybare kilder, til andre kunder enn oppdragsgiveren og i større kvanta enn det forventede strømforbruket under den aktuelle anskaffelsen, ikke kan anses å ha tilknytning leveransen, se premiss 66 flg.

- (30) Et tildelingskriterium som gjelder etiske krav, må derfor knytte seg til hvordan produktene leveransen omfatter, blir produsert, omsatt og/eller levert.
- (31) Slike tildelingskriterier er mer krevende enn andre tildelingskriterier som relaterer seg til mer konkrete krav til produktene, bl.a. fordi arbeidet med å sikre etisk handel i større grad fokuserer generelt på forsyningskjedene.
- (32) Anskaffelsen gjelder kjøp av datautstyr, og det er opplyst i konkurransegrunnlaget at maskinvare er et marked med stor risiko for brudd på arbeidstaker- og menneskerettigheter, blant annet på grunn av produksjonssted og bruken av konfliktmineraler i produksjonen av varene. Konkurransegrunnlaget bruker derfor både kvalifikasjonskrav, kontraktsvilkår og tildelingskriterier som virkemidler for å forhindre at slike brudd gjøres i tilknytning til de varene anskaffelsen gjelder.
- (33) Kvalifikasjonskravene var knyttet til leverandørens systemer for å følge opp brudd på arbeidstaker- og menneskerettigheter hos produsenten og i forsyningskjeden. Det var i tillegg stilt krav om at produsenten av de tilbudte produktene måtte følge retningslinjene til OECD for «*Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*», og være sertifisert i henhold til *Responsible Minerals Initiative* (RMI).
- (34) Kontraktsvilkårene omfattet et eget dokument omtalt som etiske avtalevilkår. Siktemålet med disse er å sikre at varene blir fremstilt og håndtert under forhold som er i samsvar med nærmere angitte internasjonale konvensjoner og arbeidsmiljølovgivningen, i produksjonslandet og leverandørkjeden for øvrig.
- (35) Rammeavtalen skulle tildeles leverandøren med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, der kvalitetskriteriet besto av fire underkriterier under samlebetegnelsen «*Etiske tildelingskriterier*».
- (36) Det var ikke gitt noen overordnet beskrivelse av hvordan leveransens kvalitet skulle evalueres i henhold til de etiske kriteriene, slik at kriteriets nærmere innhold må utledes av beskrivelsen av de fire underkriteriene.
- (37) Det tredje underkriteriet var «*Kapasitetsbygging knyttet til forsynings- og produksjonsleddene*», og tok sikte på å bidra til at det IT-utstyret som blir tilbudt, kommer fra merkevareeiere som «*arbeider aktivt med å sikre basale arbeids- og menneskerettigheter i forsyningskjeden i høyrisikoland*». Tilbyderne skulle dokumentere kapasitetsbyggende tiltak ved å beskrive «*organisasjonens program med forsynings- og produsentleddene konkretisert til «tiltak som opplæring og workshops»*. I tillegg skulle «*effekten kapasitetsbygging har medført*» beskrives.

- (38) Strukturene i det markedet anskaffelsen retter seg mot, er etter det klagenemnda forstår slik at leverandørene sjelden står i posisjon til å påvirke de globale aktørene som produserer datautstyr gjennom slike tiltak. Det er videre vanskelig å se at man skal kunne måle effekten av slike tiltak i de utsatte leddene ved produksjon eller handel med det datautstyret anskaffelsen gjelder. Når det gjelder valg av produsent, vil det at leverandøren velger å handle med produsenter som forplikter seg til å overholde arbeids- og menneskerettigheter, ha tilknytning til det aktuelle datautstyret. Slik dette underkriteriet er utformet, er det imidlertid ikke lagt opp til noen slik forpliktelse. Klagenemnda kan dermed ikke se at underkriteriet er egnet til å si noe om styrker eller svakheter ved produksjon eller handel med det datautstyret som tilbys.
- (39) Det fjerde underkriteriet, «*Eksternt samarbeid i produsent/forsyningskjeden*», etterspurte dokumentasjon på samarbeid med ideelle organisasjoner og lignende for å sette ivaretagelse av arbeids- og menneskerettigheter i produsent/forsyningskjeden på dagsorden.
- (40) Slike samarbeid er generelt rettet mot hele markedet, og bærer preg av langsiktige prosesser hvor man arbeider for en gradvis utvikling. Klagenemnda viser her til at samarbeidsordningen kalt FN Global Compact som tilbyderne har vist til i sine besvarelser, har en flerårig strategi for å fremme forretningsbevissthet og handling for å nå bærekraftige utviklingsmål innen 2030. På denne bakgrunn er det vanskelig å peke på noen tilknytning mellom slike samarbeid og styrker eller svakheter ved produksjon og handel med datautstyret denne anskaffelsen gjelder. Merkeordninger for eksterne samarbeid skiller seg også fra slike merker som var omhandlet i Max Havelaar-dommen, ettersom dokumentasjon på samarbeid er knyttet til det aktuelle foretakets arbeid eller medlemskap, og ikke det enkelte produktet foretaket produserer, eller handler med, jf. ovenfor i avsnitt 29. Underkriteriet har dermed ikke tilstrekkelig tilknytning til leveransen.
- (41) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at enkelte av de etiske tildelingskriteriene mangler den nødvendige tilknytningen til det datautstyret som skal anskaffes. Konkurransen må derfor avlyses. Klagenemnda finner dermed ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (42) Det bruddet som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforskriften § 13.

Konklusjon:

Stavanger kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å oppstille et ulovlig tildelingskriterium.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk