



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av rammeavtale for innkjøp av idrettsmateriell og utstyr. Konkurransen ble avlyst som følge av at tildelingskriteriet «Miljømerking/Fairtrade» var uklart utformet. Klagenemnda kom til at tildelingskriteriet ikke var uklart utformet, og at det dermed ikke forelå saklig grunn til avlysning av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 30. mai 2022 i sak 2022/545

Klager: Tress C Monsen AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Bergen kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 3. juli 2021 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for innkjøp av idrettsmateriell og utstyr. Anskaffelsens verdi var estimert til 15 millioner kroner. Tilbudsfrist var 17. august 2021.

(2) I konkurransegrunnlaget var det gitt en utvidet beskrivelse av anskaffelsen:

«Rammeavtalen vil inneholde innkjøp av et mangfold av sportsprodukter. Eksempelvis kan nevnes forbruksmateriell til gymnastikksaler, idrettshaller, idrettsanlegg med mer, blant annet omfatter dette alle typer baller, køller, vester, kjepler, matter, aktivitetsutstyr, håndballmål og basketmateriell. Avtalen vil også inneholde utendørs idrettsutstyr som eksempelvis mål til utendørsbruk, basketstativ, nett og matter.»

(3) I konkurransegrunnlaget under «Minimumskrav for produkter» fremgikk det at «[a]lle produktene skal ha dokumentasjon som bekrefter oppfyllelse av minimumskrav stilt til produktenes egenskaper».

(4) Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget under «Størrelser» at oppdragsgiver «tillater avvik på opptil +/- 10% på oppgitte størrelser på materiell og utstyr».

(5) I konkurransegrunnlaget under «Produktbeskrivelse kolonne «Proff» (Response required)» fremgikk følgende:

«Produktene klassifisert som «Proff» er ment for profesjonell bruk. De skal være robuste, sikre i bruk, tåle en høy bruksprofil og være laget for proffmarkedet. Kategorier av materiell det er naturlig å benytte i konkurranse skal være godkjent for internasjonal konkurranse (materiell til alle ballidretter, racketidretter, etc.).»

- (6) Tildelingen skulle skje på bakgrunn av hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Tildelingskriteriene i konkurransen var «Pris» (vektet 70 prosent) og «Miljømerking/Fairtrade» (vektet 30 prosent). Sistnevnte tildelingskriterium var beskrevet på følgende måte:

«Oppdragsgiver vil evaluere på totalt antall produkter som er Fairtrade-merket, eller har tilsvarende merkeordning. Tilbydere som tilbyr andre merkeordninger må dokumentere at deres merking kan anses likeverdig/tilsvarende med Fairtrade-merket.

Oppdragsgiver vil tildele poeng på bakgrunn av antall produkter, ikke produktlinjer som har merkeordning.

Dokumentasjon: Tilbyder skal markere hvilke produkter som er fairtrade-merket, eller innehar tilsvarende merking, i prisskjema under arkfanen «produkter» i Mercell. Tilbyder skal også vedlegge dokumentasjon som viser at produktet er Fairtrade-merket eller tilsvarende.»

- (7) Innklagede besvarte spørsmål fra leverandørene angående forståelsen av tildelingskriteriet «Miljøkrav/Fairtrade». Her fremkom blant annet følgende:

«Oppdragsgiver påpeker også at dokumentasjon må ha tilknytning til leveransen. Alternativ dokumentasjon må vise til at krav stilt i Fair Trade og tilsvarende ordninger, må gjelde de aktuelle varene. Dokumentasjon må følgelig leveres inn på produktnivå. Eksempelvis innebærer dette at tilbyder må levere dokumentasjon for at arbeidstakere som har produsert produktet har alle rettigheter som følger av ILO-konvensjonen.»

- (8) Det ble også stilt spørsmål om post nummer 2 i prisskjemaet, herunder om det var stilt krav om at tilbudte baller måtte være NFL-godkjente, eller om det var tilstrekkelig med baller av høy kvalitet. Til dette svarte innklagede at det ikke var stilt krav om spesiell godkjenning.
- (9) Innklagede mottok tre tilbud innen utløpet av tilbudsfristen, herunder fra PGM AS, Tress C. Monsen AS (heretter *klager*) og Klubben AS.
- (10) I tildelingsbrev av 7. september 2021 ble kontrakt tildelt PGM AS (heretter *valgte leverandør*).
- (11) Av tildelingsbeslutningen fremkom det at klager hadde levert det billigste tilbudet, og ble rangert som nummer én på tildelingskriteriet «Pris». Videre vurderte innklagede at produkter merket med SA8000-sertifisering, var tilsvarende merkeordning som Fairtrade. Valgte leverandør hadde oppgitt 23 506 produkter i prisskjema som var merket med SA8000-sertifisering, og ble tildelt full score under tildelingskriteriet «Miljømerking/Fairtrade».
- (12) Klager klaget på tildelingen i brev datert 16. september 2021.
- (13) Konkurransen ble avlyst 1. oktober 2021. Som begrunnelse viste innklagede til at det forelå tvil blant leverandørene om hvordan tildelingskriteriet «Miljømerking/Fairtrade» skulle forstås, nærmere bestemt formuleringen om at *«oppdragsgiver vil evaluere på totalt antall produkter som er Fairtrade-merket, eller har tilsvarende merkeordning»*. Innklagede vurderte at tilbyderne ikke hadde hatt lik forutsetning for forståelsen av tildelingskriteriet, og denne uklarheten kunne ikke rettes uten å avlyse konkurransen.

- (14) Klager påklaget avlysningen i brev av 7. oktober 2021. Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede i brev av 28. oktober 2021. Det ble her opplyst at ny konkurranse ville bli utlyst innen kort tid, hvor endringene i konkurransegrunnlaget særlig knyttet seg til det uklare tildelingskriteriet.
- (15) Ny konkurranse om rammeavtalen ble for tredje gang kunngjort 30. oktober 2021, med tilbudsfrist 3. desember 2021. Denne konkurransen ble også avlyst, og det ble senere kunngjort en ny konkurranse.
- (16) Kontrakt ble inngått med PGM AS den 25. februar 2022.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. mai 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede hadde ikke saklig grunn til avlysning av den andre utlyste konkurransen. Tildelingskriteriet «*Miljømerking/Fairtrade*» var ikke uklart utformet.
- (19) Det er klart at SA8000-sertifisering ikke er en «*tilsvarende merkeordning*» som Fairtrade. Valgte leverandør skulle derfor ikke hatt uttelling på tildelingskriteriet, og det foreligger en feil ved evalueringen. Denne feilen kunne blitt rettet ved omgjøring av tildelingsbeslutningen, og ny evaluering kunne blitt gjennomført i tråd med innklagedes angitte tildelingskriterier.
- (20) Det er ikke adgang til å legge vekt på etterfølgende begrunnelse for avlysning i vurderingen av hvorvidt det forelå saklig grunn til avlysning av konkurransen. På bakgrunn av dette fremholdes det at nemnda skal ta stilling til om tildelingskriteriet var uklart, og hvorvidt innklagedes opprinnelige begrunnelse er tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret om saklig grunn.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Klagers tilbud inneholdt flere avvik fra absolutte krav, og ville ha blitt avvist hvis konkurransen ikke hadde blitt avlyst. Klager har derfor ikke saklig klageinteresse i å få behandlet de fremsatte anførselene, og klagen må avvises fra behandling av klagenemnda.
- (22) Innklagedes avlysning av konkurransen var saklig begrunnet og lovlig. Det er i denne saken flere grunnlag for å avlyse konkurransen, som hver for seg gir saklig grunn.
- (23) For det første er avlysningen saklig som følge av at tildelingskriteriet «*Miljøkrav/Fairtrade*» var uklart utformet. Denne uklarheten kan ha påvirket innholdet av innkomne tilbud i konkurransen, og dette er en feil som ikke kunne repareres på annen måte enn ved avlysning av konkurransen.
- (24) For det andre er avlysningen saklig begrunnet som følge av at samtlige tilbud inneholdt vesentlige avvik fra absolutte krav i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av idrettsutstyr som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 15 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.

Saklig klageinteresse

- (26) Innklagede har anført at klager ikke har saklig klageinteresse, ettersom klagers tilbud uansett ville blitt avvist fra konkurransen som følge av flere avvik.
- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og vil da presumtivt ha saklig klageinteresse. Når en konkurranse er avlyst, som her, vil en deltaker normalt ha et reelt behov for å få prøvd anførsler som gjelder lovligheten av avlysningsbeslutningen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagers tilbud er rent faktisk ikke blitt avvist. Innklagede har ikke tatt andre beslutninger som tilsier at man skal fjerne seg fra utgangspunktet om saklig klageinteresse.

Avlysning

- (28) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse den andre utlyste konkurransen. Ifølge klager var ikke konkurransegrunnlaget uklart hva gjelder tildelingskriteriet «*Miljøkrav/Fairtrade*».
- (29) Det følger av forskriften § 25-4 første ledd at oppdragsgiveren kan avlyse en konkurransen hvis det foreligger en «*saklig grunn*». Etter Høyesteretts praksis er det sentrale om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet, jf. HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen), avsnitt 86. I denne vurderingen skal det blant annet legges vekt på tidspunktet for avlysningen, hva som utløste avlysningen, og hva oppdragsgiveren ønsker å oppnå med å avlyse konkurransen, jf. Rt. 2001 s. 473 og Rt. 2007 s. 983.
- (30) Oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått en feil, der feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen, og feilen har påvirket hvem som har deltatt, eller hatt betydning for utfallet av konkurransen. Høyesterett har i tillegg i Fosen-linjen avsnitt 88 uttalt at oppdragsgiver i en situasjon hvor det er uklart om det foreligger plikt til avlysning, har en rett til avlysning, altså saklig grunn, der det foreligger en reell rettslig usikkerhet, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, om det er gjort en feil som gir plikt til avlysning.
- (31) Innklagede har vist til at det i forbindelse med klagebehandlingen ble oppdaget at tildelingskriteriet «*Miljøkrav/Fairtrade*» var uklart, og ga grunnlag for ulike oppfatninger av hvilke andre merkeordninger som var «*tilsvarende*» Fairtrade-merket. Dette representerte ifølge innklagede en uklarhet som kan ha påvirket innholdet av innkomne tilbud i konkurransen, og at dette var en feil som ikke kunne repareres på annen måte enn ved avlysning av konkurransen.
- (32) Hvorvidt det foreligger et uklart konkurransegrunnlag, må ses i lys av de krav som stilles til utforming av konkurransegrunnlag i anskaffelsesregelverket. For anskaffelser som følger forskriften del III, står det i § 14-1 (3) bokstav a at konkurransegrunnlaget skal inneholde opplysninger om «*hva som skal anskaffes, inkludert [...] absolutte krav som alle leverandørene må oppfylle*». Det nærmere innholdet av konkurransegrunnlaget beror på en tolkning. Ved fastsettelsen av innholdet i konkurransegrunnlaget, skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå det, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 Cartiera dell'Adda, avsnitt 44. Dette

innebærer at ordlyden i konkurransegrunnlaget og hva anskaffelsen gjelder, vil stå sentralt.

- (33) I konkurransegrunnlaget fremgår det under tildelingskriteriet «*Miljømerking/Fairtrade*» at «*[o]ppdragsgiver vil evaluere på totalt antall produkter som er Fairtrade-merket, eller har tilsvarende merkeordning.*» Det er videre angitt at «*[t]ilbydere som tilbyr andre merkeordninger må dokumentere at deres merking kan anses likeverdig/tilsvarende med Fairtrade-merket.*» Oppdragsgiver ville tildele poeng på bakgrunn av antall tilbudte produkter, ikke produktlinjer, som hadde slik merkeordning.
- (34) De tilbudte produktene måtte altså være Fairtrade-merket eller ha «*tilsvarende merkeordning*», for at leverandørene skulle få uttelling for produktene i evalueringen. Spørsmålet som klagenemnda må ta stilling til, er om konkurransegrunnlaget må anses uklart med hensyn til hvilken merkeordning som leverandørene hadde anledning til å tilby for å få uttelling i konkurransen. Det er tilbyderen som tilbyr en annen merkeordning som må vise for oppdragsgiver at den er tilsvarende. Dersom oppdragsgiver godtar en annen merkeordning som tilsvarende, må oppdragsgiver kunne redegjøre for hvorfor ordningen er tilsvarende. Om ordningen er tilsvarende er et spørsmål klagenemnda kan prøve fullt ut.
- (35) Fairtrade er en internasjonal merkeordning for forbrukere, som skal vise at produktet oppfyller både sosiale, miljømessige og økonomiske krav ved produksjon.¹ Leverandørene kunne tilby andre merkeordninger, men leverandøren måtte da dokumentere at tilbudt merkeordning var «*tilsvarende*» Fairtrade-merket.
- (36) Valgte leverandør leverte produkter som var merket med SA8000-sertifisering. Slik nemnda forstår de ulike merkeordningene, er SA8000 en sertifisering på bedriftsnivå, mens Fairtrade er en merkeordning knyttet til det endelige produktet. Det er også fremlagt dokumentasjon som viser at de innholdsmessige kravene er forskjellige, hvor Fairtrade-merket går lenger i å stille krav. Fairtrade-merket stiller blant annet krav til miljø og har strengere krav til arbeidstakerrettigheter og andre velferdsfremmende tiltak.
- (37) Konkurransen var tidligere kunngjort som en ren priskonkurranse. I denne konkurransen var hensynet til sosialt akseptabel produksjon angitt som et minstekrav til «*rettferdig produksjon av baller*». I minstekravet var det angitt at tilbudte baller måtte oppfylle kravene til «*Fairtrade produkter eller tilsvarende merkeordning (som SA8000)*». Innklagede har anført at utformingen av dette minstekravet i en tidligere anskaffelse har betydning for tolkningen av tildelingskriteriet i den nye anskaffelsen. Klagenemnda er ikke enig i dette. Kravet ble også endret, hvor man tok ut henvisningen til SA8000.
- (38) Tildelingskriteriet la videre opp til at innklagede skulle foreta en konkret sammenligning av tilbudt merkeordning, opp mot kravene som stilles for å oppnå Fairtrade-merket. Etter klagenemndas vurdering er det ikke uklart hvordan tildelingskriteriet skal bedømmes i denne konkurransen. Nemnda kan heller ikke se at det er av betydning at det var et begrenset antall produkter som kunne tilbys med Fairtrade-merket, all den tid tildelingskriteriet klart anga hva som ville være gjenstand for evaluering.

¹ <https://www.fairtrade.no/en-internasjonalt-organisasjon/et-ankjent-merke.html>

- (39) På bakgrunn av det ovennevnte finner nemnda at tildelingskriteriet ikke var uklart utformet. Når et tildelingskriterium etter en objektiv fortolkning er klart utformet er det ikke av betydning at en leverandør har misforstått kravet. Det var ikke plikt til avlysning. Nemnda kan ikke se at det foreligger noen reell rettslig usikkerhet om dette. Det foreligger da ikke saklig grunn til avlysning.

Betydningen av spørsmålet om klagers og øvrige tilbud skulle vært avvist

- (40) Innklagede har anført at konkurransen uansett ville ha blitt avlyst på grunn av vesentlige avvik i samtlige innkomne tilbud i konkurransen, eller at det i hvert fall ikke foreligger årsakssammenheng mellom en eventuell usaklig avlysning og et tap da klagers tilbud i alle fall skulle vært avvist.
- (41) Partene har med henvisning til HR-2019-2801-A (Fosen-linjen) og LH-2021-141669 (Fauske og Sørfold) ulikt syn på om man ved vurderingen av om det foreligger saklig grunn til avlysning kan se hen til forhold som ikke var påberopt på avlysningstidspunktet.
- (42) I denne saken har innklagede anført at alle tilbydernes tilbud skulle vært avvist som følge av vesentlige avvik. En slik totalforkastelse vil imidlertid ikke være en avlysning av konkurransen, men en avslutning av konkurransen fordi det ikke foreligger tilbud som kan aksepteres. Om man i ettertid kan påberope at alle tilbud skulle vært avvist, er et annet spørsmål enn om man i ettertid kan påberope seg andre grunner for avlysning enn det grunnlag som utløste avlysningen.
- (43) Etter klagenemndas syn er spørsmålet om alle, eventuelt bare klagers, tilbud skulle vært avvist, i alle tilfelle et spørsmål om det foreligger årsakssammenheng ved krav om erstatning, og ikke et spørsmål om den opprinnelige avlysningen var lovlig. Da klagenemnda ikke skal ta stilling til om de øvrige vilkårene for erstatning er oppfylt, behandler ikke klagenemnda dette spørsmålet.
- (44) Etter klagenemndsforordningen skal klagegebyret tilbakebetales dersom det konstateres brudd som kan ha påvirket utfallet av konkurransen for klager. I en sak som dette, forstår ikke klagenemnda bestemmelsen slik at nemnda må ta stilling til spørsmålet om klager skulle vært avvist for å kunne ta stilling til spørsmålet om tilbakebetaling av klagegebyret. Klagegebyret skal dermed tilbakebetales.

Konklusjon:

Bergen kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, som følge av at det ikke forelå saklig grunn til å avlyse den andre utlyste konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk

