



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud.

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for kjøp av idrettsutstyr. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.*

### Klagenemndas avgjørelse 13. september 2022 i sak 2022/887

**Klager:** Klubben AS

**Innklaget:** Bergen kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Kjersti Holum Karlstrøm, Arnt Erlend Skjefstad og Elisabeth Wiik

### Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 28. oktober 2021 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for innkjøp av idrettsutstyr. Dette var tredje utlysning av samme avtale. Anskaffelsens verdi over fire år var 11,2 millioner kroner. Tilbudsfrist var 3. desember 2021.
- (2) I konkurransegrunnlaget kapittel 7 «*ABSOLUTTE KRAV*» fremgikk det av punkt 8.3 at «*Leverandør skal tilby produkter i henhold til arkfanen "produkter" i Merzell*».
- (3) Om endringer i avtalesortimentet var det i punkt 8.4 opplyst:

*«Dersom et produkt går ut av Leverandørens sortiment, skal det erstattes av et tilsvarende produkt. Erstatningsproduktet skal være av minst tilsvarende kvalitet og funksjonalitet som produktet det erstatter. Prisen på erstatningsproduktet skal ikke overstige pris for det produktet som erstattes. Oppdragsgiver kan, dersom det finnes saklig grunn, nekte å godkjenne erstatningsproduktet.»*

- (4) Om produktbeskrivelse «*Semiproff*» var det gitt følgende forklaring i punkt 8.16:

*«Produktene klassifisert som "Semiproff" er ment for barne- og ungdomsskole og skal tåle røff bruk. De skal være robuste, sikre i bruk og tåle en høy bruksprofil.»*

- (5) Videre fremgikk det av punkt 8.17 om produktbeskrivelse «*Proff*»:

*«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.).*

*Annet materiell skal ha en tilsvarende godkjent standard (balansestyr, terapiball, stepkasser etc.)»*

- (6) I prisskjemaet var det oppført 103 poster som skulle prises. Av relevant for denne saken var det oppført:

<b>Kategori</b>	<b>Postnummer</b>	<b>Nærmere spesifikasjoner</b>	<b>Kvalitet/bruksområde</b>
Basketball	9	Str. 7, FIBA-merket	Proff
Håndball	74	Str. 3 Syntetisk. IHF godkjent., innendørsbruk	Semiproff
Håndball	75	Str. 2. Syntetisk lær. Matchball. IHF godkjent, innendørsbruk	Proff
Håndball	76	Str. 3. Syntetisk lær. Matchball. IHF godkjent, innendørsbruk	Proff

- (7) Innklagede mottok tilbud fra fire leverandører, herunder fra Klubben AS (heretter klager) og PGM AS.
- (8) Innklagede meddelte 18. januar 2022 at samtlige tilbud i konkurransen ble avvist som følge av at tilbudene inneholdt avvik. Det ble opplyst at innklagede ville gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. anskaffelsesforskriften § 13-3 bokstav a). Alle fire leverandører ble invitert til forhandlingsrunden.
- (9) Innklagede gjennomførte forhandlingsmøte med klager 27. januar 2022. Tilbudsfrist ble satt til 7. februar 2022.
- (10) En leverandør stilte følgende spørsmål vedrørende proff-godkjenning av ball:

*«Spørsmål: Post 2 i prisskjema (Proff):*

*Ref svar på spørsmål i avlyst konkurranse: Dere presiserte at ballen ikke måtte være godkjent for internasjonale konkurranser. Kan dere bekrefte at ballen ikke må inneha en slik godkjenning til tross for at kvaliteten i gjeldende konkurranse er merket proff. (...)*

- (11) Innklagede ga følgende svar på spørsmålet:

*«Svar: Produkter markert med "proff" må oppfylle krav 8.17 i kravspesifikasjonen. Her fremkommer det at "kategorier av materiell det er naturlig å benytte i konkurranse skal være godkjent for internasjonal konkurranse (materiell til alle ballidretter [...])". Absolutte krav i kravspesifikasjonen må oppfylles.»*

- (12) Innklagede meddelte 10. februar 2022 at kontrakt ble tildelt PGM AS.
- (13) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 25. februar 2022.
- (14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage 3. juni 2022.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. september 2022.

## **Anførsler:**

### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (16) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (17) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for erstatning.

### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (18) Avvikene i valgte leverandørs tilbud var ikke vesentlige. Innklagede har ikke brutt forskriften ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

## **Klagenemndas vurdering:**

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en rammeavtale for kjøp av idrettsutstyr, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 11,2 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.

### *Avvisning av tilbud*

- (20) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (21) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi produktene som ble tilbudt under postnummer 9 (basketball), og 74-76 (håndball), ikke oppfylte kravene til nødvendig godkjenning for bruk.
- (22) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b), at oppdragsgiveren «skal» avvise et tilbud som inneholder «vesentlige avvik» fra anskaffelsesdokumentene. Klagenemnda har i en rekke saker, eksempelvis i sak 2017/186, henvist til følgende uttalelse i sak 2008/58, avsnitt 66, som et utgangspunkt for vurderingen av om et avvik er vesentlig:

*«Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt.»* Tilsvarende må gjelde for absolutte krav.

- (23) I konkurransegrunnlaget under kapittelet «Absolutte krav» fremgikk det at produktene skulle være i henhold til arkfanen i prisskjemaet. Det var her stilt krav til IHF-godkjenning av håndballene og til FIBA-merking av basketballen. Post 9, 75 og 76 i prisskjemaet var merket med klassifiseringen «Proff». Betydningen fremgikk av punkt 8.17 i konkurransegrunnlaget der det stod at produktene «skal være godkjent for internasjonal konkurranse».
- (24) At krav benevnes som «absolutte» må normalt forstås slik at de er ufravikelige. For potensielle leverandører er det naturlig å lese det slik at tilbud som inneholder avvik fra slike krav, vil bli avvist uten noen nærmere vurdering av avvikets størrelse eller betydning. Betegnelsen «absolutte krav» bør derfor forbeholdes krav som

oppdragsgiver faktisk har ment at skal være ufravikelige, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2020/72, avsnitt 26 med videre henvisninger.

- (25) Slik klagenemnda leser det, må kravene om godkjenning for internasjonal konkurranse og godkjenning utstedt IHF/FIBA-merking forstås som ufravikelige. I tillegg til at innklagede har plassert kravene under overskriften «*absolutte krav*», presiserte innklagede i spørsmål-svar runden at produkter merket med proff «*må oppfylle krav 8.17 i kravspesifikasjonen. [...] Absolutte krav i kravspesifikasjonen må oppfylles.*»
- (26) Det er enighet om at valgte leverandør har tilbudt produkter under postnummer 9 (basketball) og 74-76 (håndball) som ikke har den riktige FIBA-merkingen/IHF-godkjenningen for den etterspurte bruken. Tilbudet inneholder dermed avvik fra et ufravikelig krav. Oppdragsgiver ga i spørsmål-svar runden uttrykk for at avvik fra kravet ikke ville kunne aksepteres. Avviket må derfor anses vesentlig.
- (27) Valgte leverandørs tilbud inneholder dermed et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b). Innklagede har dermed brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (28) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til klagers anførsel om erstatning.
- (29) Bruddet som klagenemnda har konstatert over, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

***Konklusjon:***

Bergen kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

*Dokumentet er godkjent elektronisk*