



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, tildelingsevaluering

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av arbeidsklær, sko og verneutstyr. Klager anførte at innklagede brøt regelverket ved å ikke avvise to av leverandørene, herunder valgte leverandør, som følge av at tilbudene inneholdt vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget. Klager anførte også at konkurransegrunnlaget var uklart, og at innklagede hadde foretatt en ulovlig tilbudsevaluering. Klagenemnda kom til at konkurransegrunnlaget var uklart, og at konkurransen dermed skulle vært avlyst. Klagenemnda tok ikke stiling til klagers anførsel om ulovlig tilbudsevaluering.

Klagenemndas avgjørelse 29. mars 2023 i sak 2022/1810

Klager: Optimera AS

Innklaget: Oslo kommune v/ Utviklings- og kompetanseetaten

Klagenemndas

medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Karin Fløistad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/ Utviklings- og kompetanseetaten (heretter *innklagede*) kunngjorde 21. august 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for kjøp av arbeidsklær, sko og verneutstyr. Anskaffelsen ble gjennomført i fellesskap med kommunene Bærum, Frogn, Nesodden, Nordre Follo, Vestby og Ås. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 130 millioner kroner.
- (2) Tildelingen skulle baseres på hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende tildelingskriterier:

<i>Type kriterium</i>	<i>Vekt</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<i>Pris</i>	25 %	<ul style="list-style-type: none">• Utfylt arkfane «1. Grunnsortiment» i bilag 3 leverandørens besvarelse av pris- og produktskjema
<i>Kvalitet</i>	35 %	<ul style="list-style-type: none">• Utfylt arkfane «1. Grunnsortiment» i bilag 3 leverandørens besvarelse av pris- og produktskjema• Innleverte vareprøver (se punkt 3.3.1)• Bilder av alle produkter i grunnsortimentet der det tydelig går frem hvilket produkt som vises på

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

		<i>hvert bilde (varenummer eller ulikt navn)</i>
<i>Vareutvalg</i>	<i>15 %</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Utfylte arkfaner 2-6 i bilag 3 leverandørens besvarelse av pris- og produktskjema</i>
<i>Leverandørens egnethet for samarbeid om sirkulær økonomi</i>	<i>15 %</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Leverandøren skal i Bilag 6 Svarskjema for Leverandørens egnethet for samarbeid om sirkulær økonomi redegjøre for hvordan dens nåværende organisering gjør den til en god samarbeidspartner innen ovennevnte områder.</i>
<i>Merkeordninger for bærekraft</i>	<i>10 %</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Utfylt bilag 3 leverandørens besvarelse av pris- og produktskjema</i>

(3) Om tildelingskriteriet «Vareutvalg» fremgikk følgende:

«For tildelingskriteriet vareutvalg vil det bli foretatt en skjønnsmessig vurdering av i hvilken grad det øvrige vareutvalget dekker den aktuelle brukergruppens behov for arbeidstøy, sko og verneutstyr. Det vil blant annet ses hen til bredden i øvrig vareutvalg, størrelsesspenn, modellvariasjoner, og fargeutvalg.

Det skal ikke tilbys produkter i det øvrige vareutvalget som faller utenfor følgende fem varegrupper:

- teknisk arbeidstøy*
- synlighetstøy*
- verneutstyr og arbeidshansker*
- sko og tilbehør*
- generelle artikler»*

(4) I bilag 3, arkfane 1, fremgikk blant annet følgende om utfylling av pris- og produktskjema:

«Tilbyder skal fylle ut pris- og produktskjema i samsvar med dette skjemaet, og det skal ikke gjøres endringer i skjemaet»

(5) Optimera AS (heretter *klager*) stilte følgende spørsmål 31. august 2022:

«Viser til konkurransens tildelingskriterie «vareutvalg», vektet med 15%, som skal dokumenteres gjennom utfylt fane 2-6 i Bilag 3, og evalueres på grunnlag av en «skjønnsmessig vurdering» av i hvilken grad utvalget «dekker brukergruppens behov». Det er videre spesifisert at det vil «ses hen til bredde, størrelsesspenn, modellvariasjon og fargeutvalg».

Markedet er i stand til å liste opp ekstreme mengder varer i kolonne 2-6, under forutsetning av at det legges ned betydelig ressurser i utfyllingen. Vi er redd oppdragsgiver vil få en u håndterlig mengde varer listet opp fra tilbyderne, og stiller spørsmålsteget ved hvordan oppdragsgiver skal evaluere de ulike leverandørens vareutvalg i tråd med likebehandlingsprinsippet.

Vi forslår at oppdragsgiver, for evalueringsformål, setter et tak på antall linjer for hver fane, og at det spesifiseres, helt konkret hvordan bredde, størrelsesspenn, modellvariasjon og fargeutvalg skal premieres og sammenlignes mellom leverandørenes ulike sortiment?»

(6) Innklagede besvarte klagers spørsmål 5. september 2022:

«I bilag 3 pris- og produktskjema i arkfanene 2-6 ber oppdragsgiver, som en opsjon, om at det tilbys et øvrig sortiment av de samme fem varegruppene som etterspørres i grunnsortimentet. Når det gjelder omfanget av tilbudte produkter i arkfanene 2-6 viser vi til Del 1 Konkurransesgrunnlag punkt 1.2.1 Formål. Der står det at anskaffelsen har som formål å dekke behovet for bekledning og sikkerhetsutstyr til personell i tjeneste. Det vises til at Bymiljøetaten, Renovasjons- og gjenvinningsetaten og Utdanningsetaten er blant de største brukerne av aktuelle produkter. Videre står det at produktene må ha god funksjonalitet og holde en kvalitet som tåler omfattende bruk, vask og slitasje.

Oppdragsgiver ber ikke om at leverandøren skal tilby hele sitt vareutvalg under «øvrig sortiment», men et vareutvalg som er relevant og dekkende for formålet som nevnt ovenfor.

I punkt konkurransegrunnlagets 5.2.3 Tildelingskriteriet «Vareutvalg» står det: «Det vil blant annet ses hen til bredden i øvrig vareutvalg, størrelsesspenn, modellvariasjoner, og fargeutvalg.» Oppdragsgiver presiserer at det med bredde ikke menes antall tilbudte produkter, men i hvilken grad de tilbudte produktene dekker den aktuelle brukergruppens behov.»

(7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra klager, Ahlsell Norge AS, TESS Øst AS, Victoria AS og Würth MODYF AS. Sistnevnte leverandør ble avvist fordi tilbudet inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.

(8) I melding om tildeling 7. desember meddelte innklagede at kontrakt ble tildelt Ahlsell Norge AS (heretter *valgte leverandør*). Vedlagt tildelingen var evalueringsrapport der blant annet følgende fremgikk om evaluering av tildelingskriteriet «Vareutvalg»:

«Ahlsell Norge AS (10 poeng)

Ahlsell Norge AS har tilbudt et svært bredt og svært innholdsrikt vareutvalg i alle varegrupper, betydelig større og mer innholdsrikt enn vareutvalget som Optimera AS og Victoria AS har tilbudt. Ahlsell Norge AS sitt vareutvalg vurderes å dekke behovet til alle aktuelle brukergrupper i Oslo kommune på en meget god måte. Det er til sammen svært gode størrelsesspenn og et svært godt fargeutvalg, men det er et forbedringspotensial når det gjelder andel produkter i damemodell. Det er positivt at Ahlsell Norge AS også tilbyr uniformsjakker-, bukser – og skjorter samt klær til kokker i det øvrige vareutvalget.

Optimera AS (6 poeng)

Optimera AS har tilbudt et bredt og innholdsrikt vareutvalg i alle varegrupper. Vareutvalget vurderes å dekke behovet til majoriteten av aktuelle brukergrupper i Oslo kommune, men ikke like godt som vareutvalget til Ahlsell Norge AS og TESS Øst AS gjør. De tilbudte produktene har svært gode størrelsesspenn og et svært godt fargeutvalg, men det er et forbedringspotensial når det gjelder andel produkter i damemodell. Det trekker ned at Optimera AS ikke tilbyr uniformsjakker-, bukser – og skjorter samt klær til kokker i det øvrige vareutvalget.

TESS Øst AS (8 poeng)

TESS Øst AS har tilbudt et svært bredt og svært innholdsrikt vareutvalg i alle varegrupper, betydelig større og mer innholdsrikt enn vareutvalget som Optimera AS og Victoria AS har tilbudt. TESS Øst AS sitt vareutvalg vurderes å dekke behovet til alle aktuelle brukergrupper i Oslo kommune på en meget god måte. Det er til sammen svært gode størrelsesspenn og et svært godt fargeutvalg, men det er et forbedringspotensial når det gjelder andel produkter i damemodell. Det er positivt at TESS Øst AS tilbyr fallsikringsutstyr, men det trekker ned at det øvrige vareutvalget ikke omfatter uniformsjakker-, bukser – og skjorter samt klær til kokker.»

- (9) Klager stilte 16. desember 2022 flere spørsmål knyttet til innklagedes evaluering. Innklagede besvarte klagers henvendelse 20. desember 2022.
- (10) Klagen ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. desember 2022. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 11. januar 2023.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. mars 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt forskriften § 24-8 (1) bokstav b ved å ikke avvise tilbudene fra valgte leverandør og TESS Øst AS som en følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (13) Innklagede plikter subsidiært å avlyse konkurransen grunnet et uklart konkurransegrunnlag.
- (14) Atter subsidiært så har innklagede begått feil ved evalueringen av tilbudene. Tilbudene må derfor evalueres på nytt og tildelingen må omgjøres.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Tilbudene fra valgte leverandør og TESS Øst AS inneholdt ikke vesentlige avvik, og skulle dermed ikke vært avvist.
- (16) Konkurransegrunnlaget var ikke uklart, og det foreligger ingen avlysningsplikt.
- (17) Det er ikke begått feil ved evalueringen av tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder

anskaffelse av rammeavtale for kjøp av arbeidsklær, sko og verneutstyr som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 130 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.

Avvisning grunnet vesentlige avvik

- (19) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudene til valgte leverandør og TESS Øst AS.
- (20) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b at tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*», skal avvises.
- (21) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten, inkludert kravspesifikasjonen, slik det blant annet er lagt til grunn i LB-2019-85112. Tilbudet tolkes objektivt i lys av konkurransegrunnlaget for å avgjøre om det foreligger avvik. Konkurransegrunnlaget tolkes for å kartlegge hvilke krav som er stilt, og tilbudet tolkes for å undersøke om tilbudet tilfredsstiller disse kravene.
- (22) Pris- og produktskjemaet var vedlagt konkurransegrunnlaget, og skulle fylles ut av leverandørene. Klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget slik at all informasjonen om et produkt skulle samles på én linje. Klager besvarte skjemaet i tråd med denne metodikken, og tilbudte totalt 438 varer på et tilsvarende antall varelinjer. En annen leverandør, Victoria AS, besvarte skjemaet på samme måte som klager og førte opp 221 varer. Besvarelsene til valgte leverandør og TESS Øst AS avvok fra dette oppsettet, ved at det var lagt inn en varelinje per variant av samme produkt. Dette førte til at informasjon om et enkelt produkt kunne ta opp flere linjer, og leverandørene hadde ført opp henholdsvis 43 316 og 46 675 linjer.
- (23) Klagenemnda bemerker at sistnevnte måte å fylle ut skjemaet gjør evalueringsarbeidet mer krevende, ved at det gjør det utfordrende å gjennomgå og sammenligne de innkomne tilbudene. Løsningen bærer preg av at leverandørene har klippet ut varelinjene fra hele sitt eksisterende varelager. Tilbudene inneholder likevel den etterspurte informasjonen slik at tilbudene er sammenlignbare.
- (24) Klagenemnda bemerker også at det ikke er holdepunkter for å si at innklagede ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakt. Det er ikke tvilsomt at valgte leverandør har tilbudt de produktene som fremgår av de 46 675 varelinjene, og at innklagede kan kreve oppfyllelse i henhold til denne listen.
- (25) Klagenemnda har etter dette kommet til at det ikke foreligger avvik i tilbudene til valgte leverandør og TESS Øst AS på grunn av deres måte å fylle ut pris- og produktskjemaet. Tilbudene til valgte leverandør og TESS Øst AS skulle derfor ikke vært avvist.

Avlysning på grunn av uklart konkurransegrunnlag

- (26) Klagenemnda skal vurdere hvorvidt konkurransen skulle vært avlyst fordi konkurransegrunnlaget var uklart, herunder om kravet til likebehandling og forutberegnelighet er brutt ved at konkurransegrunnlaget ikke var tilstrekkelig klart.

Klager har anført at det etter konkurransegrunnlaget, prisskjemaet og avklaringer underveis, fremstod som uklart hvordan leverandørene skulle besvare bilag 3.

- (27) Oppdragsgiver plikter å avlyse konkurransen hvis feil i gjennomføringen av konkurransen ikke kan rettes opp på annen måte, og feilen har påvirket utfallet av konkurransen for klager, eller påvirket deltakelsen jf. Borgarting lagmannsretts kjennelse i LB-2019-85112 med videre henvisninger.
- (28) Det fremgår av hensynet til likebehandling og etterprøvnbarhet i anskaffelsesloven § 4, at oppdragsgiver plikter å behandle leverandørene likt i anskaffelsesprosessen, og at konkurransegrunnlaget må utformes på en klar og utvetydig måte. Dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget «*må utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres*» og at det må inneholde «*tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud*» jf. klagenemndas sak 2017/140 med videre henvisning til EU-domstolens sak C/19/00 (SIAC Construction). Prinsippet om likebehandling innebærer dermed at oppdragsgiver plikter å sikre at samtlige leverandører får den samme informasjonen om anskaffelsen, og dermed settes i stand til å inngi tilbud på de samme premissene.
- (29) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at bilag 3 skulle fylles ut med en varelinje per vare, hvor det på denne varelinjen skulle fylles ut størrelser, farger og modeller som varen ble tilbudt med. To av leverandørene, klager og Victoria AS, fulgte denne fremgangsmåten og tilbød 438 og 221 varelinjer. Klager har opplyst å ha brukt over to uker på manuelt å ha fylt ut skjemaet, og har opplyst at det innen tilbudsfristen ikke var mulig å inngi så mange varer som ønskelig. To andre leverandører, inkludert valgte leverandør, har ikke fulgt fremgangsmåten, men har kopiert inn hele sitt sortiment som gjør at de kunne tilby 46 675 og 43 316 varelinjer.
- (30) Klager forsøkte å avklare problemstillingen med oppdragsgiver ved å stille et spørsmål i forkant av tilbudsfristen. Svaret fra oppdragsgiver ga en begrenset avklaring av problemstillingen, men gjorde ingen endringer i hvordan bilag 3 skulle fylles ut.
- (31) Klagenemnda har ovenfor lagt til grunn at tilbudet fra valgte leverandør ikke inneholdt et avvik, og ikke skal avvises. Det var samtidig ikke forutberegnelig for en leverandør at man ikke måtte forholde seg til konkurransegrunnlagets bestemmelser om hvordan bilag 3 skulle fylles ut, og dermed hadde mulighet til å oppnå høyere score på tildelingskriteriet.
- (32) Valgte leverandør har fått 10 poeng på tildelingskriteriet vareutvalg, mens de to som fylte ut skjemaet manuelt i tråd med føringene i konkurransegrunnlaget har fått 6 poeng. Ved å forholde seg lojalt til disse føringene, slik klager gjorde, ble det mer krevende å tilby et bredt vareutvalg/flere produkter. Det ble dermed vanskeligere å oppnå full score på tildelingskriteriet enn dersom samtlige leverandører hadde forholdt seg til føringene i konkurransegrunnlaget. Klager var ikke i stand til å inngi tilbud på de samme premissene som valgte leverandør, og dette er i strid med prinsippet om likebehandling.
- (33) Etter klagenemndas vurdering er det en nærliggende faktisk mulighet for at uklarheten i konkurransegrunnlaget, eller rettere sagt muligheten til å kunne oppnå en bedre score på tildelingskriterier vareutvalg ved ikke å overholde reglene i konkurransegrunnlaget, har påvirket utfallet av konkurransen for klager. Klager ville ha vunnet konkurransen dersom de fikk 9 poeng eller mer. Feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved avlysning. Anskaffelsen skulle dermed vært avlyst.

- (34) Bruddet som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (35) Ettersom klagenemnda har kommet til at konkurransen skulle vært avlyst så er det ikke nødvendig å ta stilling til klagers anførsel om ulovlig tildelingsevaluering.

Konklusjon:

Oslo kommune v/ Utviklings- og kompetanseetaten har brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag. Bruddet medfører avlysningsplikt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk