



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

### Klagenemndas avgjørelse 30. april 2003 i sak 2003/30

Klager: Lek & Trivsel AS, Dika AS, Lek & Sikkerhet AS

Innklaget: Kommunene Asker, Bærum, Hurum, Lier, Nedre Eiker, Røyken og Øvre Eiker

**Klagenemndas medlemmer:** Siri Teigum, Bjørg Ven, Andreas Wahl.

**Saken gjelder:** Parallelle rammeavtaler.

### **Bakgrunn:**

Nedre Eiker kommune kunngjorde 8.7.2002 en åpen anbudskonkurranse i Norsk Lysingsblads elektroniske database (DOFFIN). Konkurransen gjaldt rammeavtale for kjøp av utelekeapparater for kommunene Asker, Bærum, Hurum, Lier, Nedre Eiker, Røyken og Øvre Eiker (heretter kalt "innklagede"), med opsjon for kommunene Kongsberg, Ringerike og Svelvik til å tiltre avtalen i etterkant.

*Nærmere om forutsetningene for anskaffelsen:*

Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at det ville bli inngått en rammeavtale for to år, med ensidig opsjon for oppdragsgiver på forlengelse i ytterligere "1+1+1 år". Årlig omsetning under rammeavtalen var anslått til kr. 4 100 000,- eks. mva.

Av konkurransegrunnlaget fremgikk også:

*"En rammeavtale er i hovedsak ment å skulle dekke kommunenes behov for løpende drift og vedlikehold i avtaleperioden. Ved større arbeider/prosjekt forbeholder Oppdragsgiver seg retten til å innhente egne anbud. Dette gjelder også ved suppleringer til eksisterende anlegg.*

...

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å dele leveransen/rammeavtalen mellom flere leverandører (jfr pkt 13). Dersom anbyder inngir priser som er avhengig av tildeling på hele forespørselen må dette stilles opp på en slik måte at det klart fremkommer hvilke priser som vil gjelde dersom Oppdragsgiver velger å dele avtalen.

...

*Vi gjør oppmerksom på at kommunene ikke forplikter seg til noe bestemt volum. Det understrekes at de oppgitte tall kun er estimater fra statistikk og opplysninger hentet fra regnskapene. Endringer i budsjett og rutiner kan påvirke totalvolumene.”*

Det ble videre opplyst at det ved valg av tilbud ville bli lagt vekt på:

*”Produktkvalitet/ garantier – Service/ettersyn – Sortimentsbredde – Leveringstid og – forpliktelser – Miljøprofil – Pris og betingelser (se prisskjema vedlegg A) – Referanser (innhenting av)”.*

...

Det ønskes oppgitt hvilke %-rabatt(er) som innrømmes på den til enhver tid gjeldende veil. prisliste. Basert på disse rabattene skal eksemplene i vedlegg A nettoprises (dvs som veil.pris fratrukket tilbudt rabatt). Eksemplene er hentet fra flere ulike leverandører, og er ment å representere et ikke-diskriminerende utsnitt av de vanligste variantene på markedet innen de ulike aldersgrupper. Vi ber den enkelte anbyder prissette sin nærmeste tilsvarende utgave av forespurt variant. Under kommentarkolonnen eller på eget ark ber vi om at det blir opplyst om eventuelle ”avvik” fra forespurt eksempel. Sammen med besvarelsen skal følge katalog og veil.prisliste.”

Det ble i konkurransegrunnlaget også vedlagt et sett med generelle innkjøpsvilkår, hvor det i punkt 3 fremgikk:

*”De avtalte prisene er som hovedregel faste, og gjelder for 1 år fra avtaletidspunktet. Prisene skal oppgis eks. mva...Prisendringer skal begrunnes skriftlig med minst 2 måneder før ikrafttredelse, og kan ikke settes i kraft før oppdragsgiver har godkjent prisendringen. Forslag om prisendringer vil være gjenstand for forhandlinger”.*

#### *Gjennomføringen av anskaffelsen:*

Det kom inn ni tilbud fra ulike leverandører. Etter en gjennomgang av tilbudene besluttet innklagede å inngå fire rammeavtaler med fire av leverandørene. Rammeavtalene dekker samme produktgrupper og samme tidsperiode. Det ble ikke opplyst noe om hvordan bestillingene i henhold til rammeavtalen skal fordeles.

I anskaffelsesprotokollen er valg av tilbud begrunnet nærmere:

*”Med bakgrunn i ovennevnte vedlegg/sammenstillinger har vurderingen i hovedvekt blitt lagt på kvalitet (herunder soliditet og lekeverdi) og sortimentsbredde. Det har blitt brukt mye tid på gjennomgang av de ulike anbyderes produktkataloger. Erfaringen viste at en prissammenligning var vanskelig (vedlegg B). De oppgitte produkter var ikke sammenlignbare i særlig grad (ulike produkter, ulik lekeverdi, ulike materialvalg etc.). Pris har derfor blitt tillagt mindre vekt i totalvurderingen. Brukergruppen har derfor vurdert kombinasjonen Nifo Lappset, Claussen & Heyerdal, Kompan og Søve til å være den økonomisk mest fordelaktige løsningen. Øvrige anbydere har de primært falt ut pga at de har blitt vurdert som ikke fullt så gode på kvalitet (herunder soliditet og lekeverdi) og sortimentsbredde som kombinasjonen Nifo Lappset, Claussen & Heyerdal, Kompan og Søve... Brukergruppen innstiller på at det inngås rammeavtaler ... med følgende anbydere: Nifo Lappset, Claussen & Heyerdal, Kompan og Søve”.*

#### **Partenes anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

Lek & Trivsel AS, Dika AS og Lek & Sikkerhet AS (heretter kalt ”klager”) leverte inn tilbud, men var ikke blant de som ble tildelt noen rammeavtale. Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å inngå de aktuelle rammeavtalene. Klager begrunner dette med at rammeavtalene ikke kan anses for ”gjensidig bebyrdende avtaler”, og derfor ikke omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser. Inngåelsen av rammeavtalene kan derfor ikke ha noen frigjørende virkning i forhold til plikten til å følge forskriftens prosedyre ved hver enkelt bestilling under rammeavtalene.

Klager anfører også at det ikke er mulig å vurdere ”det økonomisk mest fordelaktige tilbud” ved den aktuelle rammeavtalen, og viser til at leverandørene har ulike produkter, materialvalg mv.

Subsidiært anføres at rammeavtalens lengde på fem år er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser, idet lengden ikke kan begrunnes i forretningsmessige hensyn. Ut fra at det er tale om veiledende priser kan ikke avtalens lengde overstige ett år.

#### *Innklagedes anførsler:*

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede anfører at rammeavtalene er ”gjensidig bebyrdende avtaler” i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser. Innklagede anfører i den forbindelse at det foreligger en kjøpsplikt for kommunene i henhold til kommunenes interne reglementer, og at avtalene inneholder alle nødvendige og bindende betingelser.

Det kan ikke stilles noe krav om at det bare kan utpekes én vinner av konkurransen, og dermed bare inngås én rammeavtale. Dette ville medføre monopoldannelser. Det kan heller ikke oppstilles noe krav om at det ved parallelle rammeavtaler skal fremgå en bindende fordeling av bestillingene under rammeavtalene, idet dette vil medføre betydelige praktiske problemer å få til.

Når det gjelder vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, så må det være opp til oppdragsgiver å vurdere dette ut fra en skjønnsmessig vurdering. I dette tilfellet ble vurderingen foretatt av en brukergruppe med inngående kunnskap om brukernes behov, og vurderingen må anses for å være i samsvar med regelverket.

Avtaleperiodens lengde er i samsvar med praksis i offentlig sektor, og også i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser.

#### **Klagenemndas vurdering:**

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6.

Det rettslige utgangspunktet er at ”anskaffelser av varer” omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, jf. loven § 3. Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver skal ivareta hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i anskaffelsesprosessen, jf. loven § 5. Anskaffelsen skal i tillegg gjennomføres i henhold til reglene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.06.2001 om offentlige anskaffelser dersom det skal inngås en ”gjensidig bebyrdende kontrakt”, jf. forskriften §§ 1-3 og 1-4 bokstav a) og de øvrige vilkårene for forskriftens anvendelse er oppfylt

Verken klager eller innklagede har reist spørsmål om oppdragsgivere har adgang til å slutte seg til en inngått rammeavtale etter at konkurransen er gjennomført. Klagenemnda vil derfor ikke komme nærmere inn på dette spørsmålet.

Klagenemnda finner grunn til å peke på at det er knyttet usikkerhet til om samme oppdragsgiver kan inngå flere parallelle rammeavtaler for samme produkter i samme periode. Dette gjelder både i norsk rett og i EF-retten.

I de foreliggende rammeavtalene er det ikke fastsatt noen fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene. Ordningen bærer derfor preg av å være en "uferdig" konkurranse, der det i realiteten ikke er tatt en endelig beslutning om hvilket tilbud som er det beste basert på tildelingskriteriene. Uten at oppdragsgiver har tatt stilling til hvem som skal få leveransen, evt hvordan leveransene skal fordeles mellom de valgte anbydere, kan klagenemnda i det foreliggende tilfellet ikke se at de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i loven § 5 er oppfylt. Rammeavtalene oppfyller derfor ikke grunnleggende krav i regelverket, uavhengig av om det er tale om gjensidig bebyrdende avtaler eller ikke. De foreliggende rammeavtalene kan da etter klagenemndas mening heller ikke fritta innklagede fra å følge forskrift om offentlige anskaffelser ved senere kjøp av utelekeapparater fra de leverandører det er inngått rammeavtale med.

Klagenemnda finner det etter dette ikke nødvendig å komme nærmere inn på spørsmålet om rammeavtalene kan anses for gjensidig bebyrdende avtaler. Klagenemnda finner det heller ikke nødvendig å ta stilling til de øvrige anførsler fra klager.

### **Konklusjon:**

Klagenemnda finner at rammeavtalene inngått av kommunene Asker, Bærum, Hurum, Lier, Nedre Eiker, Røyken og Øvre Eiker ikke fritar fra å følge forskrift om offentlige anskaffelser ved bestillinger av utelekeapparater.

For klagenemnda,

Andreas Wahl,

8.5.2003