



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av multifunksjonsmaskiner. Klagenemnda fant at konkurransegrunnlagets spesifikasjoner vedrørende maskinkapasitet inneholdt en uklarhet vedrørende minstekrav, og at valgte leverandørs tilbud derfor kunne antas uten avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e.

Klagenemndas avgjørelse 23. april 2012 i sak 2010/337

Klager: Ocè-Norge AS

Innklaget: Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Gro Amdal og Kai Krüger

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. mai 2010 en åpen anbudskonkurranse for kjøp og leie av multifunksjonsmaskiner. I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "*Regler for konkurransen*" var det opplyst at konkurransen ville bli gjennomført etter forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III. Frist for å inngi tilbud var satt til 11. august 2010.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 6.1 var det opplyst at tildeling av kontrakt skulle skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige på bakgrunn av følgende tildelingskriterier:
"
 - *Pris (inkl LCC)* 70 %
 - *Kvalitet* 15 %
 - *Service/teknisk bistand* 15 %"
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 6.2 "*Vektingsmodell*" fremgikk det videre at:
"Ved evaluering av tilbudene vil det innenfor hvert tildelingskriterium bli gitt en poengscore på 0-10. Beste tilbud innenfor hvert kriterium vil få 10, mens det blir gitt en poengscore som gjenspeiler relevante forskjeller i tilbudene nedover for øvrige tilbud. Poengscoren multipliseres med den angitte vekten og summeres. Tilbudet med den høyeste vektete poengsum, vil bli tildelt kontrakt."
- (4) Av kravspesifikasjonen punkt 2 "*MINSTEKRAV*" fremgikk det av underpunkt 2.1.1 "*Maskintyper*" at "*Tilbyder skal kunne tilby alle maskintyper i prisskjemaet. Dersom*

tilbyder ikke kan levere en type maskin, kan det tilbys større/raskere maskin (som oppfyller kravene til maskinen)."

- (5) Prisskjemaet, inntatt som vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget, var delt inn i 9 ulike maskintyper med oppgitte "*Minimumskrav*" til hver maskintype. Det fremgår av oppgitte krav til maskinene at det var skilt mellom svart/hvit maskiner (maskintype 1-6) og fargemaskiner (maskintype 6-9). For både svart/hvit maskinene og fargemaskinene var det oppstilt krav til hastighet ved kopier/utskrifter per minutt i ulike intervaller. For fargemaskiner var kravene til sider per minutt angitt i intervallene "*15-22 spm*" for maskintype 6, "*23-34 spm*" for maskintype 7, "*35-49 spm*" for maskintype 8 og "*over 50 spm*" for maskintype 9.
- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra seks leverandører, herunder fra Xerox AS (heretter kalt valgte leverandør) og Ocè-Norge AS (heretter kalt klager).
- (7) Av valgte leverandørs utfylte prisskjema fremgikk det at valgte leverandør for gruppe 9 hadde tilbudt en maskin benevnt WorkCenter 7556, som har en kopi/utskriftshastighet på 50 sider per minutt.
- (8) I brev av 17. september 2010 ble tilbyderne informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør som hadde fått høyest totalscore med 9,40 poeng. Brevet inneholdt en rangeringsoversikt som viste at klager var rangert som nummer to med totalscore på 8,25 poeng.
- (9) Tildelingen ble påklaget av klager i brev av 27. september 2010, hvor det blant annet ble anført at valgte leverandør for maskintype 9 hadde tilbudt en maskin som ikke oppfylte minstekravet til kopi/utskriftshastighet. Klagen ble avvist av innklagede i brev av 28. september 2010.
- (10) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 6. oktober 2010.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 7. desember 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist ettersom maskinen valgte leverandør har tilbudt i gruppe 9 ikke oppfyller kravet til "*over 50 spm*", jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.
- (13) For maskiner som tilbys i gruppe 9 er det stilt krav om at maskinen skal yte "*over 50 spm*". Dette må forstås slik at det er et krav om at maskinen skal yte mer enn 50 sider per minutt. Maskinen valgte leverandør har tilbudt i gruppe 9 yter kun 50 sider per minutt.
- (14) Avviket må anses vesentlig. Det vises til at dersom kravet til minimumshastighet ikke kan imøtegås stiller konkurransegrunnlaget krav om at det skal tilbys en raskere maskin. Pris og hastighet henger som regel sammen, og leverandørene kommer gunstigs ut ved å tilby maskiner med lavest mulig hastighet.

Innklagedes anførsler:

- (15) Det bestrides at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist. Minimumskravet til sider per minutt for gruppe 9 må forstås slik at tilbudte maskiner må kunne skrive ut minimum 50 sider per minutt.
- (16) For fargemaskiner var kravene til sider per minutt angitt i intervallene "15-22 spm" for maskintype 6, "23-34 spm" for maskintype 7, "35-49 spm" for maskintype 8 og "over 50 spm" for maskintype 9. Det var her ment å oppstille krav til utskriftshastighet fra 15 sider per minutt og oppover, inndelt i intervaller som følger direkte etter hverandre. Det har formodningen mot seg at kontinuiteten i intervallene skulle brytes akkurat for maskintype 9. Etter innklagedes oppfatning er det derfor naturlig å tolke det aktuelle kravet slik at intervallet for maskintype 9 gjaldt fra 50 sider og oppover og ikke som minimum 51 sider. Valgte leverandørs skriver oppfyller dette kravet.
- (17) Subsidiært anføres at avviket ikke er vesentlig. Det aktuelle kravet til utskriftshastighet er et minstekrav og det er ubegrenset hvilke hastigheter som kan tilbys over dette. Det er altså et svært stort spenn når det gjelder hvilke hastigheter som vil tilfredsstille innklagedes behov til aktuell funksjonalitet. Et avvik på en side må, sett i lys av intervallets størrelse, anses som uvesentlig. Det er her tale om en uheldig formulering av et krav som gjelder for en av ni forskjellige maskintyper. Kravet utgjør derfor en liten del av konkurransens totale omfang. Det har heller ingen betydning for bruken av maskinene om hastigheten avviker med en side. Funksjonaliteten vil tilfredsstille innklagedes behov.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Den påklagede anskaffelsen gjelder kjøp og leie av multifunksjonsmaskiner og er en varekontrakt. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist

- (19) I henhold til forskriften § 20-13 (1) bokstav e har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud som *"inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*.
- (20) Det er ubestridt at valgte leverandør i gruppe 9 har tilbudt en maskin som har en kopi/utskriftshastighet på 50 sider per minutt. Hvorvidt valgte leverandørs tilbud inneholder et avvik beror på en tolkning av kravet i kravspesifikasjonen om at maskinene i gruppe 9 for fargemaskiner skulle ha en kopi/utskriftshastighet på *"over 50 spm"*.
- (21) Den mest nærliggende forståelse av ordlyden *"over"* tilsier at maskinen må ha en kopi/utskriftshastighet som overstiger 50 sider per minutt – dvs 51 sider eller mer. Valgte leverandør har tilbudt en maskin i kategori 9 spesifisert som *"50 spm farger"* og spørsmålet er da om det foreligger et avvik som tilsier avvisning etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e.

- (22) Et avvik fra ufravikelige minstekrav satt av oppdragsgiver vil som et klart utgangspunkt anses som vesentlig etter forskriften. Klagenemnda viser her til klagenemndas avgjørelse i sak 2008/58 premiss (46) der det er uttalt følgende om innholdet i vesentlighetsvurderingen:

"Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig innholdet 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."

- (23) Dette er i tråd med EU-domstolens avgjørelse i sak T-40/01 hvor det ble uttalt at oppdragsgivere er *"always bound to ensure observance of the terms and conditions of the tender specifications, which they have freely chosen to make mandatory."*
- (24) Den aktuelle maskinkapasitet i tabelloppstillingen er angitt som "Minimumskrav" og avvik fra slike krav medfører derfor avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Forutsetningen for å anvende en ubetinget avvisningsregel er imidlertid at konkurransegrunnlagets spesifikasjoner er utvetydige og ikke til å misforstå. Nemnda merker seg her at innklagedes "Prisskjema" har litt forskjellige parametre for å måle maskinkapasitet. Som referert ovenfor i (5) er fargemaskinene oppgitt i intervaller så som for maskintype 6 "15-22 spm", for maskintype 7 "23-34 spm", for maskintype 8 "35-49 spm". Når maskintype 9 oppgir "over 50 spm" er det på denne bakgrunn nærliggende å anta at det for maskintypen er ment intervaller som fanger opp forlengelsen av intervallangivelsene for de øvrige maskintypene, dvs ikke fra og med 51 men fra 50 og oppover. En slik forståelse kan sies å bryte mot den språklige forståelse av "over" isolert sett, men sett i sammenheng med de øvrige maskintyper oppstår det her en uklarhet som oppdragsgiver har risikoen for. Valgte leverandør kan ha tolket minstekravet til maskintype 9 dit hen at kapasitet inntil 50 tilfredsstiller kravsspesifikasjonen. Med en slik forståelse foreligger det ikke noe avvik fra minstekravet. Nemnda merker seg at verken valgte leverandør eller innklagede synes å ha festet seg ved at valgte leverandørs tilbudte maskin i kategori 9 for fargeutskrift har for lav kapasitet fordi kapasiteten stopper et ark under 51 sider per minutt.

Konklusjon:

Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser..

Bergen, 23. april 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal