



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale(r) for kjøp av bøker og media til folkebibliotekene i seks kommuner. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 22-2 (2) ved å benytte underkriteriet "rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata" under tildelingskriteriet "Priser og rabatter" ettersom nemnda fant at innklagede ikke kunne kunngjøre anskaffelsen av bøker og media sammen med anskaffelsen av katalogdata. Denne feilen medførte også at nemnda konstaterte at innklagede hadde hatt en plikt til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 23. april 2013 i sak 2011/198

Klager: Kystbokhandelen Kragerø AS

Innklaget: Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Tone Kleven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Ulovlig underkriterium. Plikt til å avlyse konkurransen.

Bakgrunn:

- (1) Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 16. mars 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale(r) for kjøp av bøker, media og katalogdata til folkebibliotekene i innkjøpsenhetens seks kommuner. Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget punkt 3.1 angitt til å være på kroner 6 000 000 ekskl. mva. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 28. april 2011.
- (2) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 2.2 "*Elektronisk gjennomføring av konkurransen*" at Visma Konkurransegjennomføringsverktøy for elektronisk gjennomføring av konkurranse ville bli benyttet for konkurransen.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.1 "*Beskrivelse av anskaffelsen*" fremgikk det at konkurransen gjaldt rammeavtale for kjøp av bøker og media til folkebibliotekene i Bamble-, Drangedal-, Kragerø-, Porsgrunn-, Siljan- og Skien kommune. Av konkurransegrunnlaget punkt 3.3 "*Avtaleperiode*" fremgikk det at det ville bli inngått rammeavtale med en eller flere leverandører, og at tilbyderne kunne gi tilbud til en eller flere av de seks kommunene.
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 4 "*Valg av leverandør*" fremgikk følgende:

"Følgende vil bli lagt til grunn ved vurderingen av tilbudene:

Kriterium	Vekt
<i>Priser og rabatter</i>	90 %
<i>Kvalitet på bibliotekstilpasset informasjon om nye bøker og</i>	10 %

Beregningsmodell

For hvert kriterium rangeres det enkelte tilbudet på en poengskala fra 1- 100, der 100 er høyest. Beste tilbud innenfor hvert kriterium oppnår 100 poeng. Hvor stor del av poengskalaen som benyttes ved poenggivningen avhenger av hvor store forskjeller det er mellom tilbudene på de enkelte kriteriene. Poeng pr. kriterium multipliseres med kriteriets vekt. Det tilbudet som oppnår høyest "totalscore", defineres som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og er vinner av konkurransen."

- (5) Tilbydere som ønsket å levere tilbud i konkurransen måtte fylle ut et elektronisk skjema. Under tildelingskriteriet "*Priser og rabatter*" var det i dette skjemaet listet opp en rekke underkriterier som bestod av ulike produkter det skulle inngis tilbud på, og tilbyderne skulle oppgi hvilken rabatt de tilbød på de enkelte underkriteriene. Det fremkom også hvilken vekt de ulike underkriteriene ville bli tillagt ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Priser og rabatter*". Under punkt PS 10 "*Det tilbys følgende rabatter på katalogdata: "Abonnement på katalogdata"*" i det elektroniske skjemaet, fremkom det at dette underkriteriet ville vektes med 10 % ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Priser og rabatter*".
- (6) Innklagede mottok to tilbud til kommunene Bamble og Kragerø innen tilbudsfristen 28. april 2011, ett fra Kystbokhandelen Kragerø AS (heretter kalt klager) og ett fra Biblioteksentralen AL.
- (7) I tilbudet fra klager hadde selskapet oppgitt 0 % rabatt på punkt PS 10 "*Det tilbys følgende rabatter på katalogdata: "Abonnement på katalogdata"*". Ved tilbudet fra klager fulgte et dokument der klager informerte om at klager ikke kunne tilby de katalogdata som ble etterspurt i prisskjemaet punkt PS10, da dette var en tjeneste som kun Biblioteksentralen og Den norske Bokdatabasen kunne tilby. Innklagede måtte derfor inngå et abonnement på katalogdata hos Biblioteksentralen eller Den norske Bokdatabasen.
- (8) I brev om meddelelse om valg av leverandør datert 6. juni 2011, ble klager informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Biblioteksentralen AL (heretter kalt valgte leverandør).
- (9) Klager sendte 16. juni 2011 en klage på tildelingsbeslutningen til innklagede. I denne klagen skrev klager at "*Kystbokhandelen Kragerø AS klager på vekttildelingen på punkt PS10 som utgjorde 10 % av konkurransekriteriet priser og rabatter. Denne problemstillingen ble også fremlagt av Kystbokhandelen Kragerø AS som vedlegg ved innsendelse av anbudet.*"
- (10) Innklagede svarte på klagen i brev datert 27. juni 2011, og tok ikke klagen til følge. Innklagede viste til at vektingen av punkt PS10 var vurdert ut fra beskrivelsen i tilbudene, og at de to innkomne tilbudene ble vurdert som likeverdige på dette punktet.
- (11) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble signert 6. juli 2011.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. juli 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å benytte underkriteriet "*rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" under tildelingskriteriet "*Priser og rabatter*" ettersom dette gir en urettmessig fordel til noen svært få tilbydere og dermed hindrer inngangen til konkurransen for blant annet bokhandlere. Klager viser til at det kun finnes to leverandører av katalogdata i Norge, Biblioteksentralen og Den Norske Bokdatabasen. Bokhandlere m.fl kan ikke videredistribuere katalogdata en bokhandler selv abonnerer på og har derfor ikke mulighet til å tilby rabatt på abonnementsordninger på katalogdata.
- (14) Klager anfører videre at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager maks poeng på underkriteriet "*rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" ettersom klager tilbød 0 % rabatt på dette punktet.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å anvende underkriteriet "*rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" under tildelingskriteriet "*Priser og rabatter*". Det vises til at på det tidspunktet konkurransegrunnlaget ble utformet hadde innklagede ikke kjennskap til at kun en tilbyder hadde katalogdata som et unikt produkt.
- (16) Innklagede så i ettertid at det ikke var mulig å sammenligne tilbudene på punktet "*rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*". Begge de innkomne tilbudene fikk derfor full score på dette punktet.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale(r) for kjøp av bøker, media og katalogdata til folkebibliotekene i seks kommuner. Dette er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 3.1 estimert til kroner 6 000 000 ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig underkriterium

- (18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å benytte underkriteriet "*rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" under tildelingskriteriet "*Priser og rabatter*" ettersom dette gir en urettmessig fordel til noen svært få tilbydere og dermed hindrer inngangen til konkurransen for blant annet bokhandlere.
- (19) Det fremgikk av underkriteriet PS10 "*rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" i det elektroniske skjemaet som tilbyderne måtte fylle ut ved inngivelsen av tilbud, at tilbyderne skulle oppgi hvilken rabatt de tilbød på abonnement på katalogdata. Dette må forstås slik at det var et krav at tilbyderne skulle tilby slikt abonnement på katalogdata. Det var ikke åpnet for å gi deltilbud på hhv. katalogdata og øvrige bøker og media.

- (20) Når kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, følger det av forskriften § 22-2 (2) at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud jf. EU-domstolens sak C-513/99 (Concordia) premiss (59) og klagenemndas sak 2012/186. Tilsvarende gjelder for underkriterier til et tildelingskriterium jf. sak 2011/121 premiss (27) og sak 2009/64 premiss (64). Ved utformingen av tildelingskriteriene og hvilke momenter som skal vektlegges under hvert av dem, har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda i begrenset grad kan overprøve. Imidlertid må kravene i forskriften og loven § 5 overholdes ved utformingen av tildelingskriteriene og underkriteriene, jf. klagenemndas sak 2012/25 premiss (49) og sak 2011/187.
- (21) Dersom innklagede i foreliggende tilfelle kunne anskaffe katalogdata og øvrige produkter samlet, uten å åpne for deltilbud, må underkriteriet "*rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" etter nemndas syn anses relevant og lovlig da det i dette tilfellet kun vil være tilbud på alle produktene som det (i utgangspunktet) vil være relevant å bedømme. Dersom innklagede ikke lovlig kunne anskaffe katalogdata sammen med de øvrige produktene, må underkriteriet anses ulovlig, da dette ikke er egnet til å evaluere tilbud på de øvrige produktene uten katalogdata. For å avgjøre om underkriteriet "*rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" var lovlig, må klagenemnda derfor først ta stilling til om det var i samsvar med regelverket å anskaffe katalogdata sammen med de øvrige produktene, uten å åpne for deltilbud.
- (22) Som et utgangspunkt har oppdragsgiver en relativt vid skjønnsadgang knyttet til å vurdere hvilke behov som skal dekkes ved en kunngjort konkurranse, og i hvilken grad forskjellige ytelser i denne forbindelse skal anskaffes samlet jf. premiss (15) i sak 2006/21 (dissenssak). Det følger imidlertid av loven § 5 (2) at en anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Kravet til konkurranse i loven § 5 (2) innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen slik at målet om størst mulig konkurranse i det aktuelle markedet oppnås jf. sak 2007/74 premiss (29).
- (23) I klagenemndas sak 2006/21 uttalte klagenemndas flertall i premiss (18) følgende om adgangen til å foreta en samlet anskaffelse av forskjellige typer ytelser:
- "Det må derfor foretas en konkret vurdering av hvorvidt den valgte fremgangsmåte diskriminerer leverandører på grunn av lokal tilhørighet, eller usaklig begrenser konkurransen. Sentrale momenter i denne vurderingen vil være hvorvidt oppdragsgiver kan påvise objektive grunner for den valgte fremgangsmåte, og at konkurranse ikke utelukkes ved sammenkoblingen. Ved vurderingen må det også tas hensyn til proporsjonalitetsprinsippet, det vil si om myndighetene kan oppnå det samme formål med mindre inngripende (mindre diskriminerende eller konkurransebegrensende) tiltak."*
- (24) Hvorvidt den samlede anskaffelsen av katalogdata sammen med bøker og media usaklig begrenset konkurransen, vil derfor bero på om oppdragsgiver kan påvise objektive grunner for å anskaffe dette samlet og at konkurranse ikke har blitt utelukket ved fellesanskaffelsen. Ved vurderingen må det tas hensyn til proporsjonalitetsprinsippet.
- (25) Klager har opplyst at det kun finnes to leverandører av katalogdata i Norge, Biblioteksentralen og Den Norske Bokdatabasen. Innklagede har opplyst i sitt tilsvarende svar at det kun finnes en leverandør av dette produktet. Klagenemnda legger derfor til grunn at det kun er en eller to leverandører i Norge som kan tilby abonnement på katalogdata.

Når det så gjelder de bøker og media som ble etterspurt i konkurransen, finnes det en rekke leverandører som kan tilby disse.

- (26) Slik underkriteriet PS10 var utformet, og siden det ikke var åpnet for å gi deltilbud på hhv. katalogdata vs. øvrige etterspurte produktene, måtte leverandører som ikke kunne tilby det etterspurte abonnementet på katalogdata enten velge å levere ett tilbud som inneholdt et avvik fra konkurransegrunnlagets krav om at det skulle gis tilbud på katalogdata, og dermed risikere at tilbudet ble avvist, eller ikke levere tilbud i det hele tatt. Underkriterium PS10 om at tilbyderne måtte tilby abonnement på katalogdata kan etter dette ha hindret potensielle tilbydere fra å levere inn tilbud på bøker og media. Valget om å anskaffe katalogdata sammen med bøker og media kan dermed ha begrenset konkurransen betydelig.
- (27) Klagenemnda legger til grunn at innklagede kunne oppnådd formålet, det vil si anskaffelse av både katalogdata og øvrige produkter, selv om dette hadde blitt oppdelt i to ulike anskaffelser, eventuelt ved at det hadde blitt åpnet for å inngi deltilbud på disse ytelsene separat.
- (28) Klagenemnda er kommet til at innklagede ikke har påvist tilstrekkelige objektive grunner for å anskaffe katalogdata sammen med de øvrige produktene og at fellesanskaffelsen har utelukket konkurranse samt at innklagede kunne oppnådd formålet på en mindre konkurransebegrensende måte. Foreliggende fellesanskaffelse må følgelig anses usaklig konkurransebegrensende, og underkriteriet "*rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" anses ulovlig. Innklagedes bruk av dette tildelingskriteriet utgjør dermed et brudd på forskriften § 22-2 (2).

Avlysning av konkurransen

- (29) Hvorvidt klager har saklig interesse i å få avgjort anførselen om at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager maks poeng på punkt PS10 *rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata* selv om klager tilbød 0 % rabatt på dette punktet, beror på om det brudd som er konstatert over er en feil som innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (30) Under henvisning til Rettens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61) og 2012/195 premiss (21):

"Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta."

- (31) Som konstatert over har innklagede benyttet et ulovlig underkriterium. En anskaffelses tildelingskriterier og underkriterier samt bruken av disse er sentrale for leverandørenes vurdering av om tilbud skal inngis og ved utformingen av et konkret tilbud. Underkriteriet "*rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" var videre gitt en vekt på ti prosent av tildelingskriteriet "*Priser og rabatter*". Innklagede har plikt til å vurdere alle de angitte kriteriene. Et ulovlig underkriterium kan således ikke repareres ved at innklagede unnlater å vurdere kriteriet eller gir alle tilbyderne maks poeng på

dette underkriteriet uavhengig av de inngitte tilbudene. Basert på dette må det anses påvist at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen ved å ha avholdt leverandører fra å delta. Innklagede hadde etter dette en plikt til å avlyse konkurransen.

- (32) Med det resultatet klagenemnda her har kommet til har ikke klager saklig interesse i å få avgjort sin anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager maks poeng på punkt PS10 *rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" selv om klager tilbød 0 % rabatt på dette punktet. Anførselen avvises derfor fra behandling med hjemmel i klagenemndforskriften § 6.

Konklusjon:

Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet har brutt forskriften § § 22-2 (2) ved å anvende underkriteriet *rabatt på katalogdata: Abonnement på katalogdata*" under tildelingskriteriet "*Priser og rabatter*".

Klagers øvrige anførsel har ikke blitt behandlet.

Bergen, 23. april 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven