



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av kontorrekvisita og kopipapir. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 17-3 tiende ledd ved å angi bestemte produkt navn i kravspesifikasjonen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 1. august 2011 i sak 2011/171

- Klager:** Norengros Johs. Olsen AS
- Innklaget:** Akershus fylkeskommune
- Klagenemndas medlemmer:** Tone Kleven, Kai Krüger, Andreas Wahl
- Saken gjelder:** Ulovlig tildelingskriterium, angivelse av produkt navn i kravspesifikasjon, plikt til avlysning av konkurranse

Bakgrunn:

- (1) Akershus fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. april 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av kontorrekvisita og kopipapir. Rammeavtalens varighet var to år med ytterligere opsjon på forlengelse for oppdragsgiver på til sammen to år. Tilbudsfrist var satt til 20. mai 2011.
- (2) I kunngjøringen punkt IV.3) "**TILLEGGSINFORMASJON (hvis relevant)**" fremgikk det at avtalen hadde følgende oppdragsgivere:

"Akershus fylkeskommune

Akershus KollektivTerminal FKF

AFK eiendom FKF

Østfold fylkeskommune

Lørenskog kommune

Universitetet for miljø- og biovitenskap (UMB) har innkjøpssamarbeid med andre FoU virksomheter på Campus Ås (FoU innkjøpsforum). Innkjøpsforumet består av: Universitetet for miljø- og biovitenskap, Akvaforsk, SiÅs og Skog og landskap. Disse virksomhetene vil også foreta bestillinger på rammeavtalen.

Høgskolen i Østfold

Skedsmo kommune"

- (3) I kunngjøringen ble det tilføyd ytterligere informasjon 15. april 2011:

"Hei! Det er etterspurt mer utdypende statistikk over hvilke kontorrekvisita produkter vi har anskaffet i løpet av 2010. Komplette liste følger vedlagt."

- (4) Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 3.13:

"Tildeling av rammeavtale vil skje på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige basert på følgende kriterier med følgende vekt:

- *Pris:* 70 %
- *Miljøprodukter:* 30 %

Forklaring til tildelingskriterier:

Pris

Se totalsum i tilbudsskjemaet vedlegg 1

Laveste pris vil gi maksimal score – 70 poeng. Øvrige tilbydere vil bli gitt poeng etter tilbudt pris i forhold til laveste pris i henhold til følgende formel:

<i>Laveste tilbudt pris</i>	$X 70$	$=$	<i>poengscore "pris"</i>
<i>Tilbyders tilbudte pris</i>			

Miljøprodukter:

Tilbyder kan tilby et miljøprodukt som alternativ til det enkelte tilbudte produkt i tilbudsskjema. Dette kan eksempelvis være svanemerkede, EU-blomst, Blå engel eller tilsvarende merkede produkter jf forklaring til tilbudsskjema.

Tildelingskriteriet miljøprodukter vurderes utfra antall miljøalternativer som tilbyder tilbyr i tilbudsskjemaet.

Maksimal poengscore miljøprodukter er 30 poeng.

Den tilbyder som har høyeste antall miljøprodukter vil bli gitt maksimal score 30 poeng. Øvrige tilbydere vil bli gitt poeng i forhold til den tilbyder som tilbyr høyest antall miljøprodukter i henhold til følgende formel:

<i>Antall tilbudte miljøprodukter</i>	$X 30$	$=$	<i>poengscore "miljøprodukter"</i>
---------------------------------------	--------	-----	------------------------------------

<i>Tilbyder med flest miljøprodukter"</i>			
---	--	--	--

- (5) Rammeavtalens innhold og omfang var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 4 "Kravspesifikasjon" punkt 4.1 og 4.2:

4.1 Rammeavtalens innhold

Rammeavtalen forutsetter fullsortiments leverandør som kan tilby kontorrekvisita og kopipapir til oppdragsgiver i avtaleperioden.

Rammeavtalen omfatter levering av:

- *Kontorrekvisita (fullsortiment)*
- *Kopipapir*
- *Grafisk papir*
- *Konseptpapir*

Oppdragsgiver ønsker primært en leverandør som kan tilby kontorrekvisita og grafisk papir, samt levere andre spesialbestillinger. Oppdragsgiver ber derfor potensielle leverandører som ikke kan tilby grafisk papir om å inngå avtale med underleverandører som kan tilby dette.

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å anskaffe enkelte produkter utenfor rammeavtalen, se kontraktsbestemmelsens pkt 6.1.

4.2 Rammeavtalens omfang

Rammeavtalen skal omfatte alle anskaffelser hos oppdragsgiver.

Oppdragsgiver har i 2010 anskaffet kontorrekvisita og kopipapir for følgende beløp:

- *Akershus fylkeskommune og AFK Eiendom FKF: 10 000 000*
- *Universitet for miljø- og biovitenskap: 2 800 000*
- *Lørenskog kommune: 5 000 000*
- *Skedsmo kommune 400 000 (kopipapir)*
- *Akershus Kollektiv/Terminaler FKF: 160 000*
- *Høgskolen i Østfold: 500 000*

Skedsmo kommune skal kun anskaffe kopipapir over denne rammeavtalen.

Volumangivelsene er kun retningsgivende og forplikter ikke oppdragsgiver."

(6) I konkurransegrunnlaget punkt 4.8 "Bestilling" fremgikk følgende:

"4.8.1 Elektronisk bestillingssystem

Leverandøren skal motta bestillinger gjennom elektronisk bestillingssystem (Nettbutikk/Webløsning).

Nettbutikk/Webløsning skal som et minimum inneholde følgende funksjonalitet:

- *Innlogging med navn og passord*
- *Oversiktlig bestillingsliste, med mulighet for avkrysning av ønskede produkter.*
- *Visuelt bilde av det enkelte produkt.*
- *Handlekurv m/oppdateringsfunksjon og mulighet for å legge ting klare for senere fullføring ved midlertidig avbrudd i bestilling.*
- *Ved produkt som leverandør ikke er leveringsdyktig på skal bestiller automatisk bli opplyst om dette, samtidig som et erstatningsprodukt tilbys. Erstatningsproduktet skal ha samme kvalitet og pris.*
- *Kundeservice som kan overta og hente opp ordre.*
- *Oversikt over ordre, tidligere ordre og restordre. Det skal også være mulig å hente statistikk, samt gjenbruk av tidligere ordre hvor man kun oppdaterer antall produkter som ønskes kjøpt og bestiller dette, uten å måtte legge inn all informasjon på nytt ved hver innlogging på nettbutikken.*

Leverandør skal vedlegge tilbudet en link til sin nettbutikk/webløsning, slik at det er mulig for oppdragsgiver å teste løsningen. Er det behov for brukernavn og passord for testing, skal dette vedlegges tilbudet.

Nettbutikk/webløsningen skal ikke medføre kostnader eller sette begrensninger for oppdragsgiver.

4.8.2 Netbutikk

Leverandør skal beskrive hvordan nettbutikken er oppbygd. Beskrivelsen skal blant annet inneholde hva som er hovedgrupper, hva som er undergrupper, evnt under-undergrupper. Beskrivelse av nettbutikken skal vedlegges tilbudet jf pkt. 3.3, skilleark 9.

Ved eventuell nedetid på nettbutikken skal oppdragsgiver kunne bestille produkter på e-post og telefon.

Alle bestillinger skal bekreftes av leverandøren pr. e-post og angi både leveringstidspunkt og leveringssted.

Leverandørs nettbutikk skal være innrettet slik at den enkelte oppdragsgiver selv kan bestemme hvilke produkter som skal vises i nettbutikken.

Oppdragsgiver vil, i forbindelse med implementering av avtalen, oppgi en kontaktperson/bestiller på det enkelte bestillende sted."

- (7) Vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget bestod av et tilbudsskjema. Dette var delt inn i hovedgruppene "*kontorrekvisita produkter*", "*miljøprodukter*" og "*papir*" og under disse var produktgruppene angitt linjevis. Leverandørene skulle for hver produktgruppe fylle ut "*miljøalternativ*", "*pris pr. enhet (stk/med to desimaler)*", "*sum pr. enhet (med to desimaler)*", "*sum pr. enhet (med to desimaler)*" og "*delsum: (med to desimaler)*". Tilbudsskjemaet inneholdt totalt 442 varelinjer.
- (8) Under hovedgruppen "*kontorrekvisita produkt*" var følgende angitt på varelinje 378 - 380:

"378.	<i>TE – Twinings earl grey 1pk (100)</i> <i>P:</i>			+	
379.	<i>TE – Twinings grønn m/sitron 1 pk</i> <i>P:</i>			+	
380	<i>Nype-te (100)</i> <i>P:</i>			+"	

- (9) Under hovedgruppen "*miljøprodukt*" var følgende angitt på varelinje 22-27:

"22.	<i>Trykkblyant PILOT Begreen 0,5 MM</i> <i>P:</i>			+	
23.	<i>PILOT Begreen G- knock, uansett farge</i> <i>P:</i>			+	
24.	<i>PILOT Begreen Greenball, uansett farge</i>			+	

	<i>P:</i>				
25.	<i>PILOT Begreen BPE-GP, uansett farge P:</i>			+	
26.	<i>PILOT Begreen B2P uansett farge P:</i>			+	
27.	<i>Ballograf Friendly, uansett farge P:</i>			+"	

(10) Av tilbudsskjemaet fremgikk det videre at totalsummen skulle beregnes ved å legge sammen summene under de tre hovedgruppene.

(11) Under tilbudsskjemaet var det gitt en forklaring til skjemaet:

"For å sikre likebehandling og forutberegnelighet ved evalueringen av tildelingskriteriet – pris, er bestemte produkter identifisert i produktskjemaet. Om leverandør ikke kan levere ovennevnte spesifiserte produkter, kan tilsvarende/likeverdige produkter tilbys. Det skal oppgis hvilke produkter dette eventuelt gjelder.

1. *Alle celler skal fylles ut.*
2. *Det skal oppgis produsent og produktets/varelinjenummer i nettbutikken for det enkelte tilbudte produkt. Dette oppgis etter P:, for det enkelte produkt.*
3. *En av de tilbudte kulepenner skal være svanemerket eller tilsvarende. Dette skal oppgis i eget vedlegg hvilken dette er.*
4. *For noen produkter etterspørres det flere tilsvarende produkter, eks. varelinje 98 Samme som over. Her skal det tilbys et alternativ, med samme kvalitet, til forespurt produkt i varelinje 97 BREVORDNER A4 ØKONOMI uansett farge.*

Om priser/rabatter

Pris oppgis for det enkelte tilbudte produkt. Alle priser oppgis pr. stk, med unntak for de produkter hvor det er angitt annet (merket med (100 eller annet tall), eks. varelinje 333 TEGNESTIFT FORN. (100)).

Om et tilbudt produkt skulle gå ut av produksjon eller leverandør ikke skulle være leveringsdyktig, skal erstatningsprodukt tilbys til samme pris.

- 1. Alle priser skal oppgis eksklusive merverdiavgift.*
 - 2. Priser oppgis uavhengig av volum. I tillegg skal bestillingsenhetene til produktene være minst mulig, eks. skrivemateriell 12 stk.*
 - 3. Rabatt, øvrige papir produkter, skal oppgis i %. Dette føres i tilbudsskjemaet som % av 1, eks. Det tilbys 30 % på øvrig kopipapir ($1 * 30 \% = 0,7$). Det føres 0,7 i kolonne rabatt. Rabatt multipliseres med multiplikator og sum føres til SUM.*
 - 4. Den enkelte sum summeres til delsum for hver produktgruppe. Dette føres inn i kolonne lengst til høyre."*
- (12) Innklagede mottok fire tilbud i konkurransen, herunder fra Norengros Johs. Olsen AS (heretter kalt klager) og Staples Norway AS.
- (13) Etter det opplyste ble klager avvist fra konkurransen ved brev av 20. mai 2011. Avvisningen ble påklaget i brev av 30. mai 2011, og klagen ble tatt til følge 1. juni 2011.
- (14) I brev av 24. mai 2011 meddelte innklagede at kontrakt var tildelt Staples Norway AS (heretter kalt valgte leverandør):

"Det er besluttet at Staples Norway AS skal velges som leverandør.

Tilbydernes totale poengsum:

Staples Norway AS: 82,84 poeng

Lyreco: 69,00 poeng

Datarekvisita Norge: 23,02 poeng

Tilbydernes poengsum tildelingskriteriet "pris":

Poengsum pris:

<i>Tilbyder</i>	<i>Poengsum pris</i>
<i>Staples</i>	<i>70,00</i>
<i>Lyreco</i>	<i>38,81</i>
<i>Datarekvisita</i>	<i>12,23</i>

Delsummer

<i>Tilbyder</i>	<i>Pris</i>	<i>Sum kontorrekvisita</i>	<i>Sum miljøprodukter</i>	<i>Sum kopipapir</i>
<i>Lyreco</i>	<i>4 236,05</i>	<i>3526,64</i>	<i>259,41</i>	<i>450</i>
<i>Datarekvisita</i>	<i>13 436,38</i>	<i>5816,27</i>	<i>475,51</i>	<i>7144,6</i>
<i>Staples</i>	<i>2 348,38</i>	<i>955,83</i>	<i>140,75</i>	<i>1251,8"</i>

Tilbydernes poengsum tildelingskriteriet "miljøprodukter":

<i>Tilbyder</i>	<i>Poengsum Miljøprodukter</i>
<i>Lyreco</i>	<i>30,00</i>
<i>Staples</i>	<i>12,84</i>
<i>Datarekvisita</i>	<i>10,79</i>

Delsummer:

<i>Tilbyder</i>	<i>Poengsum Miljøprodukter</i>
<i>Lyreco</i>	<i>278</i>
<i>Datarekvisita</i>	<i>100</i>
<i>Staples</i>	<i>119"</i>

- (15) I brev av 3. juni påklaget klager gjennomføringen av konkurransen, og krevde at konkurransen ble avlyst. Følgende fremgikk av sammendraget i brevets punkt 2:

"Norengros mener oppdragsgiver har brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i Lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 5, ved ikke å ha tilkjennegjort volumtall for hver enkelt varelinje forut for tilbudsfristens utløp. Videre mener vi oppdragsgiver har brutt regelverkets krav til saklig, forsvarlig og ikke vilkårlig saksbehandling ved å ikke benytte et representativt volum pr varelinje i konkurransegrunnlaget, evalueringsprosessen og tildelingen av kontrakt. Ettersom oppdragsgiver ikke har oppfylt kravene til likebehandling og forutberegnelighet medfører dette også brudd på kravet til god forretningsskikk jfr. LOA § 5."

- (16) Innklagede besvarte klagers henvendelse i brev av 8. juni 2011, og bestred at regelverket for offentlige anskaffelser var brutt.
- (17) I brev av 9. juni 2011 opprettholdt klager kravet om at konkurransen måtte avlyses.
- (18) Saken ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 15. juni 2011. Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse avventes frem til klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Det anføres at konkurransen må avlyses, ettersom evalueringsmetoden som er benyttet i konkurransen er uegnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, med den konsekvens at resultatet av konkurransen er vilkårlig.
- (20) Det følger av vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget at prisene i prisskjemaet skulle oppgis uavhengig av volum, og at totalsummen skulle legges til grunn for evalueringen av tildelingskriteriet pris. Evaluering og tildeling av kontrakt er altså ikke basert på statistikken om tidligere anskaffet forbruk som ble tilkjennegjort for tilbyderne før tilbudsfristens utløp.
- (21) At valgte evalueringsmodell er uegnet, kan illustreres ved at en tilbyder kan velge å prise et relativt sett dyrt produkt som det typisk bestilles lite av svært lavt, og samtidig prise et relativt sett billig produkt det typisk bestilles mye av høyt. Leverandøren vil da kunne vinne konkurransen gjennom en taktisk utfylling av prisskjemaet, ettersom prisevalueringen skjer uavhengig av hvilket volum som bestilles.
- (22) I denne konkurransen er den estimerte kontraktsverdien ca. 18 millioner kroner, men innklagede har tildelt kontrakt til valgte leverandør fordi totalsummen av de tilbudte enkeltprisene er 2 348,38 kroner. Dette viser i seg selv at evalueringsmodellen ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Modellen gir ikke innklagede mulighet til å anslå det enkelte tilbudets reelle verdi.
- (23) At innklagede tidligere har begått den samme feilen i konkurranser hvor klager har deltatt, er for øvrig ikke noe argument mot avlysning av denne konkurransen. Det er heller ikke relevant at tilbyderne har fått oversendt statistikk over tidligere anskaffet forbruk, ettersom evalueringen og kontraktstildelingen ikke er basert på slik statistikk, og det heller ikke var lagt opp til dette i konkurransegrunnlaget.

- (24) Videre anføres det at innklagede har brutt forskriften § 17-3 tiende ledd ved at det i varelinje 378-379 og 22-27 (miljøprodukter), er bedt om priser på bestemte merker (henholdsvis Twinings te og PILOT-penner).
- (25) Klagenemnda bes ta stilling til om vilkårene for å kreve negativ kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (26) Det bestrides at innklagede har benyttet en evalueringsmodell som ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Prismekanismen er i samsvar med kravene i forskriften § 22-2 første ledd, og medfører ikke større usikkerhet enn alternative prisberegningssystemer.
- (27) Innklagede vil i det følgende redegjøre for begrunnelsen for valg av prismekanisme, og for den usikkerhet som uansett ville hefte ved beregningen om man hadde valgt å vektlegge erfaringsstatistikk. Videre bli det bli tatt opp hvilken betydning eventuell strategisk prising kan ha for om oppdragsgiverne vil få det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (28) Innklagede vil påpeke at strategisk prising er en sentral del av enhver konkurranse, og er ikke i seg selv forbudt etter anskaffelsesregelverket. Spørsmålet er derfor om det i den aktuelle konkurransen legges til rette for slik strategisk prising at dette faktisk har ført til at det ikke er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet som vinner konkurransen.
- (29) Før kunngjøringen av konkurransen ble det foretatt en gjennomgang av eksisterende avtaler og praktiseringen av disse. Oppdragsgiverne hadde tidligere to forskjellige rammeavtaler: En rammeavtale for kontorrekvisita, skolemateriell og datarekvisita og en egen rammeavtale for kopipapir. Dette fungerte ikke optimalt. Oppdragsgiverne opplevde at utviklingen førte til at leverandørene av skolemateriell, kontorrekvisita og datarekvisita ikke hadde nok bredde i sortimentet sitt når det gjaldt datarekvisita, samtidig som prisene heller ikke var konkurransedyktige på dette området. Denne erfaringen gjorde at oppdragsgiverne i forbindelse med den nye utlysningen gjennomførte to konkurranser: En rammeavtale for datarekvisita og tonere og en rammeavtale for kontorrekvisita og kopipapir.
- (30) Erfaringen fra tidligere avtaler viste videre at det ble handlet svært mange forskjellige produkter innenfor samme produktkategori. For eksempel fantes det ca. 150 ulike kulepennene i statistikken til tre av oppdragsgiverne for året 2010. Videre gjorde bestillingsrutinene, med mulighet for telefonbestilling, samt leverandørenes betydelige sortiment, at rimeligere produkter som var omfattet av kontrakten, druknet i massen av produkter.
- (31) For å få bedre kontroll på innkjøpene, ble den enkelte rammeavtale konkretisert bedre, samtidig som produktene som var omfattet av avtalen ble ytterligere spesifisert. Resultatet for kontorrekvisita-produkter og kopipapir ble nærmere 450 produkter, hvor en del av produktene er beskrevet to ganger. Dette skulle veie opp for de produktene den enkelte leverandør selv produserer, samtidig som det vil gi de ulike bestillerne flere produkter å velge mellom.

- (32) Det ble samtidig tatt høyde for at det hadde vært en utvikling på sortimentet av miljøvennlige produkter, og oppdragsgiverne ba av den grunn om pris på en rekke miljøvennlige produkter.
- (33) Den mest vesentlige endringen sammenlignet med tidligere er likevel bestillingssystemet: Leverandøren skal motta bestillinger gjennom et elektronisk bestillingssystem (nettbutikk/webløsning). Videre er det stilt krav om at leverandørens nettbutikk skal være innrettet slik at den enkelte oppdragsgiver selv kan bestemme hvilke produkter som skal vises i nettbutikken, jf. kravspesifikasjonen punkt 4.8.1 og 4.8.2. Dette gir hver enkelt oppdragsgiver som omfattes av konkurransen anledning til å "låse" bestillingene til kun å omfatte de produkter det er gitt pristilbud på. Oppdragsgiverne hindrer på denne måten mulighet for "strategisk" salg av dyrere produkter/produkter som ikke er konkret priset i tilbudet. Kontrollen med korrekt etterlevelse av kontrakten blir dermed langt bedre ved at begrensningen av antall produkter sammen med bestillingssystemet sikrer at oppdragsgiver faktisk får de etterspurte varene til de tilbudte prisene. Dersom det likevel er behov for å åpne for nye produkter, skal disse og deres priser godkjennes av kontraktsansvarlig, før de gjøres tilgjengelig i nettbutikken.
- (34) Ved utarbeidelsen av prisskjema ble det tatt utgangspunkt i tidligere avtaler, og i disse var den nå omtvistede prismekanisme benyttet. Også klager var kjent med dette, ettersom klager har deltatt i flere av konkurransene der denne prismekanismen var benyttet.
- (35) I forbindelse med den nye avtalen, ble det vurdert om man skulle benytte en multiplikator, slik at varelinjene ble vektet ut i fra tidligere innkjøpstall. Ut fra en konkret vurdering ble bruk av multiplikator ikke valgt.
- (36) Dette skyldtes for det første at det heftet usikkerhet ved erfaringstallene fra 2010. Denne usikkerheten skyldtes at det etter tidligere avtaler var foretatt lite bevisste innkjøp, og kjøpt svært mange forskjellige produkter. Som følge av at antall varelinjer ble betydelig redusert i den nye konkurransen, forelå det ingen erfaringstall som kunne overføres direkte til de nye varelinjene. For eksempel er antallet kulepennner redusert fra 150 til 40. Prisen på kulepennene vil være ulik, og det var ikke mulig for oppdragsgiverne å fordele tidligere års forbruk på de nå spesifiserte pennene. Selv om innklagede hadde antatt seg frem til "overførte" erfaringstall ville det således heftet usikkerhet ved disse, og dermed vært mulighet for strategisk prising. I tillegg vil det, selv for avtaler av denne størrelsen, være betydelige variasjoner innenfor hver enkeltvaregruppe fra år til år. Dette gjelder særlig for varer av større verdi. Også denne usikkerheten åpner for strategisk prising.
- (37) For det andre vurderte innklagede det slik at det totale antall produkter, kombinert med den risikoen tilbyderne løper ved utstrakt strategisk prising, medførte at risikoen var svært liten for at en eventuell strategisk prising skulle medføre at vinneren av konkurransen ikke ville ha det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Som ved alle konkurranser er det risiko for taktisk prising, men ved å bare etterspørre 400 produkter er det lite sannsynlig at tilbyderer tør å prise taktisk gjennomgående. Uansett vil oppdragsgiver måtte kjøpe en meget stor mengde av et rimeligere produkt som er priset dyrt i forhold til ordinær pris, for å veie opp for det oppdragsgiver sparer ved kjøp av et dyrere produkt som er priset rimelig i forhold til ordinær pris.

- (38) På samme måte som i de aller fleste andre konkurranser, er det tegn på strategisk prising hos samtlige tilbydere. Det er likevel ingenting som tyder på at denne strategiske prisingen har fått betydning for utfallet av konkurransen.
- (39) Videre bestrides det at innklagede har brutt forskriften § 17-3 tiende ledd ved å angi produktnavn i prisskjemaet. Produktnavn ble i konkurransen benyttet i overensstemmelse med regelverket, fordi kontraktens gjenstand for noen meget få produkter (åtte av i alt 442), gjorde dette berettiget. Disse produktene, især miljøproduktene, lot seg ikke beskrive tilstrekkelig klart ved en ytelses- eller funksjonsbeskrivelse, jf. forskriften § 17-3 fjerde eller femte ledd. Videre følger det klart av konkurransegrunnlaget at det kunne leveres tilbud på tilsvarende eller likeverdige produkter.
- (40) Når det gjelder angivelsen av Twinings te i varelinje 378 og 379 ble dette gjort for å ivareta likebehandling og forutberegnelighet. Det vises til at det er umulig for innklagede å gi en presis og forståelig beskrivelse av te-produktene i så detaljert grad at man unngår mange ulike typer og varianter med for eksempel grønn te med sitron hvor egenskap og pris ikke er sammenlignbar. En slik omfattende beskrivelse i en anskaffelse som denne, vil stride mot kravet til proporsjonalitet. Twinings te er også et innarbeidet produktnavn på lik linje med post-it blokker. For de fire tilbudene oppdragsgiver mottok, ble det tilbudt te fra fire forskjellige produsenter. Klager var for øvrig tilbyder som hadde lavest pris på de to varelinjene med produktnavn.
- (41) I etterspurte miljøprodukter var seks av 40 varelinjer beskrevet med produktnavn. Dette fordi det er umulig for innklagede å bryte ned det enkelte etterspurte produkt i så stor grad at det gis en presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand. I tillegg finnes det en rekke ulike miljømerker som gjør det meget vanskelig for oppdragsgiver å gi en beskrivelse av produkter uten at det diskvalifiserer enkelte av tilbyderne produkter. Miljømerker er i rivende utvikling og antall produkter og produsenter øket meget hyppig. Innklagede mente derfor at det var sikrere, ut fra et likebehandlingsperspektiv, å spesifisere enkelte produktnavn, for deretter å presisere at likeverdige eller tilsvarende produkter kan tilbys.
- (42) Ingen av tilbyderne kommenterte produktnavn i tilbudsfasen. Hvor det ble tilbudt en annen vare enn den spesifiserte med produktnavn, ble samtlige godkjent av innklagede.
- (43) Dersom klagenemnda mot formodning skulle komme til at regelverket er brutt ved angivelsen av produktnavn, anføres at en avlysning av konkurransen vil være i strid med lovens formål om kosteffektive anskaffelser. Det vises til at det bare er benyttet produktnavn for noen ytterst få produkter (åtte) i en anskaffelse av 442 varer. Dette har ikke hatt noen innvirkning på konkurransens utfall.
- (44) Innklagede bestrider at vilkårene for negativ kontraktsinteresse er oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (45) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en vareanskaffelse, og gjelder levering av kontorrekvisita og kopipapir. Av konkurransegrunnlaget punkt 4.2 fremgår det at oppdragsgiver i 2010 anskaffet kontorrekvisita og kopipapir for til sammen 18 860 000 kroner (det fremgår ikke om dette er inklusive eller eksklusive merverdiavgift). I tillegg til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen uansett etter sin art og verdi

forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 første ledd og 2-2 første ledd.

Hvorvidt tildelingskriteriet "pris" er ulovlig

- (46) Ifølge forskriften § 22-2 første ledd skal tildeling av kontrakt skje på *"basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen"*. Dersom oppdragsgiver velger å basere tildeling av kontrakt på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, slik innklagede har gjort i denne saken, plikter oppdragsgiver å velge tildelingskriterier som er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Et slikt krav innebærer blant annet at tildelingskriteriene må være knyttet til kontraktens gjenstand, og at oppdragsgiver må utforme tildelingskriteriene slik at evalueringen baseres på størrelser man har grunnlag for å forutse slik at evalueringen blir realistisk og forsvarlig, jf. blant annet EF-domstolen i sak C-19/00 (SIAC Construction), jf. også klagenemndas sak 2004/184. Ved utformingen av tildelingskriteriene og hvilke momenter som skal vektlegges under hvert av dem, har oppdragsgiver for øvrig et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn.
- (47) Spørsmålet for nemnda er om tildelingskriteriet *"pris"*, slik dette er definert i konkurransegrunnlaget punkt 3.13, jf. tilbudsskjemaet i vedlegg 1, er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.
- (48) I foreliggende sak fremgår det av konkurransegrunnlaget punkt 3.13 jf. tilbudsskjemaet i vedlegg 1, at pris vil bli evaluert på grunnlag av den totalpris som fremgår av tilbudsskjemaet. Totalprisen vil igjen bygge på enkeltpriser i tilbudsskjemaet, som legges sammen uavhengig av forventet volum av det enkelte produkt. Klagenemnda kan ikke se at innklagede skulle ha plikt til å spesifisere priskriteriet på en måte som medfører at pris per produkt beregnes iht. volum, slik klager anfører. Det vises særlig til at det hefter stor usikkerhet ved erfaringstallene fra 2010, og til at disse ifølge innklagede var av begrenset overføringsverdi på produktnivå.
- (49) Når det gjelder innklagedes spesifisering av tildelingskriteriet *"pris"*, viser tilbudsskjemaet at den leverandør som har lavest totalpris etter at prisen for hvert enkelt produkt er lagt sammen, vil score høyest under tildelingskriteriet *"pris"*. Etter klagenemndas syn fremstår tildelingskriteriet *"pris"*, slik dette er beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 3.13, jf. tilbudsskjemaet i vedlegg 1, som egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klager får derfor ikke medhold i sin anførsel på dette punkt.

Hvorvidt innklagede har brutt forskriften § 17-3 tiende ledd – og påstand om plikt til avlysning

- (50) Neste spørsmål er om innklagede har brutt forskriften § 17-3 tiende ledd ved at det i tilbudsskjemaet er etterspurt produkter av bestemte merker i varelinje 378-379 under *"kontorrekvisita produkt"*, og i varelinje 22-27 under *"miljøprodukt"*, jf. premiss (8)-(9), og hvorvidt dette i så fall innebærer en plikt til å avlyse konkurransen. Det vises til at det i varelinje 378-379 under *"kontorrekvisita produkt"* er bedt om pris på *"Twinings earl grey"* og *"Twinings grønn m/sitron"*. I varelinje 22-27 under *"miljøprodukt"* er det bedt om ulike typer pinner og blyanter av produktmerket *"PILOT"* og *"Ballograf Friendly"*

- (51) I forskriften § 17-3 tiende ledd fremgår følgende:

"Med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt merke, en bestemt opprinnelse, en bestemt prosess, eller til varemerker, patenter, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Slik henvisning skal unntaksvis tillates der en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig. En slik henvisning skal ledsages av uttrykket " eller tilsvarende."

- (52) Klagenemnda påpeker at etter forskriften § 17-3 tiende ledd, er vilkåret for å benytte et bestemt produktnavn med tillegget "eller tilsvarende" at "en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig", jf. også klagenemndas sak 2009/66 premiss (36).

- (53) I Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2005, er det uttalt følgende om § 17-3 tiende ledd på side 124:

"Dette unntaket gjennomfører direktivet artikkel 23 åttande ledd. Ordlyden angir selv at det berre kan nyttast "unntaksvis", og at det skal tolkast snevert, slik unntak generelt skal. Unntaket kan nyttast dersom det ikkje er mogleg å gi ei tilstrekkeleg presis og forståeleg beskriving i tråd med dei vanlege reglane i forskrifta. Det betyr at det verken må vere mogleg å ytings- eller funksjonsbeskrive eller å beskrive ved bruk av standardar i tråd med forskrifta fjerde ledd bokstav a.

Det har ikkje noko å seie om eit merke faktisk blir oppfatta som ein standard, så sant det er mogleg å gi ei nøytral beskriving."

- (54) Spørsmålet for klagenemnda blir da om produktene i varelinjene 378-379 under "kontorrekvisita produkt" og i 22-27 under "miljøprodukt" ikke kunne beskrives tilstrekkelig presist og forståelig ved en ytelses- eller funksjonsbeskrivelse, eller ved bruk av standarder som angitt i forskriften § 17-3 fjerde ledd bokstav a, jf. forskriften § 17-3 fjerde og femte ledd.

- (55) På bakgrunn av de opplysninger som foreligger i herværende sak, kan klagenemnda ikke se at innklagede har godtgjort at det for å beskrive kontraktens gjenstand var nødvendig å angi bestemte produktnavn for te i varelinjene 378-379. Etter klagenemndas oppfatning vil teen kunne beskrives ved angivelse av smak, innhold osv., noe som for øvrig ble gjort i varelinje 380, hvor det var angitt "Nype-te". Heller ikke for produktene angitt i varelinjene 22-27 under "miljøprodukt", kan klagenemnda se at innklagede har godtgjort at disse ikke kunne beskrives tilstrekkelig presist og forståelig gjennom en ytelses- eller funksjonsbeskrivelse. Slik nemnda ser det, fremstår det som fullt mulig å gi en tilstrekkelig og presis beskrivelse av f.eks. en trykkblyant og de miljøkrav denne må oppfylle, uten at det er nødvendig å vise til ett bestemt produktnavn.

- (56) Etter klagenemndas syn var det således mulig å beskrive produktene i varelinje 378 og 379 under "kontorrekvisita produkt" og under varelinje 22-27 under "miljøprodukter" uten bruk av produktnavn. Ettersom unntaksbestemmelsen i § 17-3 tiende ledd andre punktum dermed uansett ikke kommer til anvendelse, finner klagenemnda ikke grunn for å ta stilling til hvorvidt forklaringen i tilbudsskjemaet om mulighetene for å tilby

andre typer produkter enn de som var spesifisert, kunne blitt ansett for å oppfylle kravet til en angivelse av "eller tilsvarende", jf. § 17-3 tiende ledd tredje punktum.

- (57) Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt forskriften § 17-3 tiende ledd ved å angi produktnavn i tilbudsskjemaet.
- (58) Nemnda forstår klager slik at det anføres at konkurransen må avlyses som følge av denne feilen.
- (59) Førsteinstansdomstolen oppstilte i sak T-345/03 premiss 149 følgende retningslinje for når en feil i en konkurranse gir plikt til å avlyse konkurransen:

"Påvises det, at en sådan uregelmæssighed har funnet sted, vil Retten derpå undersøge, om proceduren kunne have fået et andet udfald, hvis den ikke var fremkommet. Er dette tilfældet, kan en sådan uregelmæssighed kun udgjøre en krænkelse af de bydendes lige muligheder, hvis det på sandsynlig og tilstrækkeligt udførlig måde fremgår af sagsøgerens forklaringer, at proceduren kunne have fået et andet udfald for dennes vedkommende."

- (60) Dette utgangspunktet ble fulgt opp i førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-50/05 premiss 61-62.
- (61) Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har 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.
- (62) Etter klagenemndas syn vil en urettmessig angivelse av bestemte produktnavn i kravspesifikasjonen være en feil som etter sin art kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen for klagers vedkommende.
- (63) Neste spørsmål blir da om klager har påvist at konkurransen uten denne feilen "*kunne have fået et andet udfald*" for klagers vedkommende.
- (64) Klagenemnda ser at produktnavn bare er oppgitt på åtte av totalt 442 varelinjer, og at det har fremgått av konkurransegrunnlaget at også andre produkter kunne tilbys så fremt tilbyderne ikke hadde anledning til å tilby det spesifiserte produktet. Videre har klager ikke opplyst noe om på hvilke måter feilen eventuelt skulle kunne hatt betydning for utfallet av konkurransen for klagers vedkommende. Slik saken er opplyst for klagenemnda, kan nemnda derfor ikke se at klager har påvist at konkurransen uten denne feilen "*kunne have fået et andet udfald*" for klagers vedkommende.
- (65) Klagenemnda har heller ingen holdepunkter for at feilen kan ha avholdt andre leverandører fra å delta i konkurransen.
- (66) Innklagede vil dermed ikke ha plikt til å avlyse konkurransen.

Erstatning

- (67) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse er oppfylt.

Konklusjon:

Akershus fylkeskommune har brutt forskriften § 17-3 tiende ledd ved å angi bestemte produktnavn i kravspesifikasjonen..

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,
1. august 2011

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Tone Kleven', written over the printed name.

Tone Kleven