



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale på kontor- og datarekvisita. Klagers tilbud ble avvist med henvisning til forskriften § 20-13 (1) bokstav e som følge av at en av arkivboksene klager hadde tilbudt avvek fra kravspesifikasjonens minstekrav om at denne boksen skulle være 9,5 cm bred. Klagenemnda fant at avvisningen var i samsvar med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 8. april 2013 i sak 2012/135

Klager: Wulff Supplies AS

Innklaget: Politiets data og materielltjeneste

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av klagers tilbud som følge av vesentlig avvik fra et minstekrav i kravspesifikasjonen

Bakgrunn:

- (1) Politiets data og materielltjeneste (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. mars 2012 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale på kontor- og datarekvisita for politi- og lensmannsetaten, Politiets sikkerhetstjeneste og Spesialenheten for politisaker. Anskaffelsen er i konkurransegrunnlagets punkt 1.4 og 1.5 angitt til å ha en årlig anslått verdi på 20 til 24 millioner kroner og en totalverdi for 2 + 1 + 1 år på mellom 80 og 96 millioner kroner. Tilbudsfristen var i konkurransegrunnlagets punkt 8.1 satt til 11. april 2012.
- (2) I kravspesifikasjonen punkt 2.3 nr. 11 fremgikk det følgende krav til en av arkivboksene som skulle tilbys:

"Det skal tilbys arkivgodkjent arkivboks med bredde 9,5 cm, i A4 eller folioformat."
- (3) I prisskjemaet som tilbyderne skulle fylle ut som del av sitt tilbud var det opplyst at innklagede anslo å anskaffe 25 000 arkivbokser av den aktuelle typen i året.
- (4) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede 5 tilbud, herunder fra Wulff Supplies AS (heretter kalt klager) og Wittusen & Jensen Business Partner AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (5) I feltene som tilbyderne skulle fylle ut i kravspesifikasjonen hadde klager for arkivboksen med bredde 9,5 cm i feltet "*Kommentarer/henvisning til dokumentasjon*" skrevet "*Ja, se prisark*" og i feltet "*Oppfylt i følge tilbyder*" hadde klager skrevet "*Ja*". I prisskjemaet hadde klager i feltet "*Artikkelnavn/produkt navn*" skrevet "*Arkivboks A4*".

318x110x257 50/pk" og oppgitt en pris på kroner [...] ¹ per boks. I tilbudets punkt "Nettbutikk" hadde klager oppgitt nettadresse, brukernavn og passord, slik at innklagede kunne logge seg inn i nettbutikken og "se hvordan nettbutikken vår ser ut og bli kjent med de ulike funksjonene der." I tillegg hadde klager opplyst at "Alle avroperne har en innlogging som gir tilgang til det produktsortimentet som avtaleansvarlige ønsker at avroperen skal se" og "Utenom den vanlige ordregangen gir nettbutikken dere en profesjonell støtte i daglige innkjøpsrutiner som f.eks. ordrehistorikk, lagersaldo, priser, bilder, produktblad og produktsammenligninger".

- (6) I brev av 30. april 2012 avviste innklagede klagers tilbud under henvisning til at tre av klagers tilbudte produkter etter innklagedes syn ikke tilfredsstilte de krav (krav nr. 3, 7 og 11) som var satt til produktene i kravspesifikasjonen. Ett av produktene som innklagede mente ikke tilfredsstilte kravspesifikasjonen, var klagers tilbudte arkivboks, som innklagede mente ikke oppfylte kravet i kravspesifikasjonen punkt 2.3 nr. 11 til 9,5 cm bredde. Som hjemmel for avvisningen viste innklagede til forskriften § 20-13 (1) bokstav e, og som begrunnelse for avvisningen som følge av manglende oppfyllelse av kravet til arkivboksen uttalte innklagede følgende:

"Krav nr. 11. I Vedlegg B Priser er det satt opp en boks som ikke tilfredsstiller krav. Det er tilbudt en arkivboks med oppgitt bredde på 11 cm og kan derfor ikke brukes i Riksarkivet. Dette medførte at kravet ikke er tilfredsstilt og at tilbudet ikke er sammenlignbart med de andre tilbudene.

Avvisningsbestemmelsene er et utslag av likebehandlingsprinsippet. Vesentlige avvik kan gi leverandøren en konkurransefordel, og medføre at tilbudene blir vanskelig å sammenligne. Hvilke avvik som anses som "vesentlige" må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Dersom avviket medfører en risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, er avviket vesentlig, og tilbudet må avvises.

I klagenemndas sak 2008/58 ble det uttalt følgende om vurderingen av hvorvidt et avvik fra kravspesifikasjonen må anses vesentlig: "Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet 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."

Etter gjennomgang av tilbudet finner PDMT at Deres tilbud inneholder avvik som etter regelverket må anses som "vesentlige avvik".

Vi vil understreke at vi i henhold til anskaffelsesregelverket ikke har andre muligheter enn å avvise tilbudet."

- (7) I brev av 2. mai 2012 påklaget klager avvisningen av tilbudet, og begrunnet hvorfor klager mente det var feil å avvise tilbudet. For det påståtte avviket fra krav nr. 11 til arkivboksen uttalte klager følgende:

"Krav nr. 11. Som i krav 3 og 7, om man taster varenummer 44200. [For å gå inn i nettbutikken]. Dette produktet er ett skaffeprodukt i vårt sortiment, da vi har 11 cm og

¹ Sladdet i offentlig versjon som opplysning underlagt lovbestemt taushetsplikt, jf. offentleglova § 13 (1) og forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2.

10 cm som standard. Vi valgte linken til dette produktet da vi ønsket å fremvise produktet med bilde. Prisen er korrekt, men dessverre ble det ikke rettet opp i prisarket til 9,5 cm.

Vi kan ikke se at krav 11, er et "vesentlig avvik som kan føre til konkurransefordel eller som gjør tilbudet vanskelig å sammenligne.

Dette produktet utgjør i vår priskalkyle kr. [...]²,- av totalbildet."

- (8) I brev av 23. mai 2012 var innklagede enig i at avvisning på grunn av påstått avvik fra krav nr. 3 og 7 måtte anses feil, men fastholdt avvisningen av tilbudet under henvisning til det påståtte avviket fra krav nr. 11.
- (9) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 24. mai 2012. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 1. juni 2012.
- (10) I e-post fra sekretariatet av 13. mars 2013 ble innklagede bedt om å redegjøre nærmere for hvorfor innklagede mente at klagers tilbudte arkivboks ikke kunne brukes i Riksarkivet, jf. innklagedes begrunnelse for avvisningen i avvisningsbrevet av 30. april 2012.
- (11) I e-post av 14. mars 2013 oversendte innklagede et utdrag av reglene for arkivartikler for Arkivverket - Riksarkivet og Statsarkivene, hvor det i punkt "Boksene" fremgår at "Arkivboksene skal være 9,5 cm brede i A4 eller folioformat". I tillegg ble det i e-posten uttalt følgende:

"Oversender mer info om hvorfor minstekravene er utformet som de er, se side 2.

Hvorfor Riksarkivene opererer med slikt format har vi ikke avklart, men vi forholder oss til det som finnes av tilgjengelige opplysninger.

Da markedet tilbyr svært mange produkter, må oppdragsgiver foreta en nærmere spesifisering av enkelte produkter som må kunne avropes – et slikt produkt er arkivbokser."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Etter klagers syn er krav nr. 11 oppfylt, da pris og riktig produkt er tilbudt, men målet på arkivboksen er 1,5 cm feil. Dette ble gjort for å vise en illustrasjon av produktet. Den årlige verdien av denne delen av anskaffelsen utgjør kun kr. [...]³.

² Sladdet i offentlig versjon som opplysning underlagt lovbestemt taushetsplikt, jf. offentleglova § 13 (1) og forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2.

³ Sladdet i offentlig versjon som opplysning underlagt lovbestemt taushetsplikt, jf. offentleglova § 13 (1) og forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede bestrider at det var et brudd på regelverket å avvise klagers tilbud, da innklagede mener at det forelå en plikt til å avvise dette tilbudet. Utenom klagers tilbud, ble også tre andre tilbud avvist med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav e som følge av vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen. To av tilbudene, herunder klagers, ble avvist fordi minstekravet til bredde på arkivboksen ikke var oppfylt ut fra de opplysningene som forelå på evalueringstidspunktet. Både ved den opprinnelige tilbudsevalueringen og ved klagebehandlingen, var innklagede inne i klagers nettbutikk for å kontrollere om de opplysninger som ble lagt til grunn var korrekte. Nettbutikken oppgir de samme mål på arkivboksen som klagers tilbud gjør. Det fremgår ikke noe sted at klagers tilbudte arkivboks er en skaffevare, og klager hadde heller ikke opplyst at den oppgitte pris var for en annen vare enn den som var angitt og at angivelsen av denne varen kun var gjort for at innklagede skulle kunne se et bilde av arkivboksen. Den arkivboksen som er prissatt avviker etter dette fra kravet til bredde i krav nr. 11. Innklagede mener at det er et minstekrav som ikke er oppfylt, og viser til sine avvisningsbrev hva gjelder forståelsen av når det foreligger et vesentlig avvik. Det ville vært i strid med forhandlingsforbudet å legge klagers nye opplysninger til grunn. Tilbudet til klager ble basert på dette avvist fra konkurransen, og klagers klage må etter dette avvises fra behandling i klagenemnda med hjemmel i klagenemndsforskriften § 9.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager har innlevert tilbud i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av en rammeavtale på kontor- og datarekvisita som er en vareanskaffelse. Anskaffelsen er i konkurransegrunnlagets punkt 1.4 og 1.5 angitt til å ha en årlig anslått verdi på 20 til 24 millioner kroner og en totalverdi for 2 + 1 + 1 år på mellom 80 og 96 millioner kroner. 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. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klagen med hjemmel i klagenemndsforskriften § 9

- (15) Til innklagedes påstand om at klagen må avvises fra behandling i klagenemnda med hjemmel i klagenemndsforskriften § 9, bemerker nemnda at dette er en "kan"-avvisningsbestemmelse. Som følge av dette og at sekretariatet i dette tilfellet ikke har funnet klagen ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, er klagen fremmet for nemndsbehandling.

Avvisning av klagers tilbud med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav e

- (16) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Til dette har innklagede anført at det forelå en plikt til å avvise tilbudet fordi innklagede mener at dette inneholdt et avvik fra breddekravet til arkivboksen og at dette avviket må anses vesentlig. Det forelå dermed etter innklagedes syn avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Klagenemnda må derfor ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud etter denne bestemmelsen. Dersom innklagede har avvist tilbudet uten at det forelå hjemmel for dette, vil dette utgjøre et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1.

- (17) I forskriften § 20-13 (1) bokstav e fremgår det at et tilbud skal avvises når det inneholder "vesentlige" "avvik" fra kravspesifikasjonen. Klagenemnda tar først stilling til om klagers tilbudte arkivboks må anses for å avvike fra punkt 2.3 nr. 11 i kravspesifikasjonen om at bredden på den tilbudte arkivboks skulle være 9,5 cm.
- (18) I utfyllingsfeltet i kravspesifikasjonen "*Kommentarer/henvisning til dokumentasjon*" hadde klager skrevet "*Ja, se prisark*", og i prisskjemaet var breddemålet for den tilbudte arkivboks angitt til 11 cm. Når innklagede så på den angitte arkivboks i klagers nettbutikk fikk innklagede opp det samme breddemålet. Dette innebærer etter nemndas syn at det må legges til grunn at klagers tilbudte arkivboks avvek fra punkt 2.3 nr. 11 i kravspesifikasjonen om at bredden på den tilbudte arkivboks skulle være 9,5 cm. Dette selv om klager i kravspesifikasjonens felt for "*Oppfylt i følge tilbyder*" hadde skrevet "*Ja*", og klager i klagebehandlingen har opplyst at dette målet var feil. Innklagede måtte i dette tilfellet kunne legge til grunn de opplysningene som fremgikk av tilbudet, og kunne uansett ikke akseptert at tilbudet ble endret eller ble forsøkt endret etter tilbudsfristens utløp, jf. forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1 (1). Klagers tilbud må etter dette anses for å inneholde et avvik fra kravspesifikasjonen.
- (19) Spørsmålet blir så om dette avviket må anses "vesentlig". Ordlyden i forskriften tilsier at det kun er kvalifiserte avvik som gir avvissningsplikt. Av klagenemndas praksis fremgår det at det ved denne vurderingen blant annet skal legges vekt på hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/58, 2009/12 og 2011/350. Klagenemnda har i en rekke tidligere avgjørelser funnet at avvik fra konkurransegrunnlagets minstekrav som hovedregel er å regne som et "vesentlig avvik", jf. blant annet sakene 2009/73 premiss (37) og 2010/292 premiss (52). I klagenemndas sak 2011/350 fant imidlertid nemnda at tre ulike avvik fra konkurransegrunnlagets minstekrav verken enkeltvis eller samlet kunne anses vesentlige. Dette viser at det må foretas en konkret vurdering av det/de aktuelle avviks betydning for å kunne avgjøre om avviket/avvikene må anses vesentlig(e).
- (20) I foreliggende tilfelle er arkivboksen som inneholder det avvikende breddemålet kun en av en rekke produkter innklagede skal anskaffe under den konkurranseutsatte rammeavtalen. Verdien på denne delen av anskaffelsen er etter det opplyste kun ca. [...] ⁴ % av den totale anslåtte verdien av rammeavtalen. Dette taler for at avviket i klagers tilbud ikke kan anses vesentlig. På den annen side er breddemålet på arkivboksen et mål som er felles for alle arkivbokser som skal tilfredsstille Arkivverket - Riks- og Statsarkivenes regler for arkivartikler. Dette innebærer, slik klagenemnda forstår det, at den arkivboksen klager har tilbudt, rett og slett ikke er brukbar til formålet. Prisskjemaet som tilbyderne skulle fylle ut som en del av sitt tilbud viste at innklagede anslo å anskaffe 25 000 arkivbokser av den aktuelle typen i året, d.v.s. totalt 100 000 bokser i løpet av rammeavtaleperioden. Innklagede hadde ikke valgt å åpne opp for deltilbud, og har i sin redegjørelse til nemnda for hvorfor klagers tilbudte arkivboks ikke var brukbar, uttalt at: "*Da markedet tilbyr svært mange produkter, må oppdragsgiver foreta en nærmere spesifisering av enkelte produkter som må kunne avropes – et slikt produkt er arkivbokser.*" Tilslutt er avviket i klagers tilbud et avvik fra

⁴ Sladdet i offentlig versjon som opplysning underlagt lovbestemt taushetsplikt, jf. offentleglova § 13 (1) og forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2.

et minstekrav til tilbudene, hvilket bare alene er et sterkt argument for at avviket må anses vesentlig. Klagenemnda er etter dette kommet til at avviket fra breddemålet til den aktuelle arkivboksen utgjør et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen. Innklagede hadde da plikt til å avvise klagers tilbud med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Konklusjon:

Politiets data og materielltjeneste har ikke brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud med henvisning til forskriften § 20-13 (1) bokstav e.

Bergen, 8. april 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger