



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om kontorrekvisita, kopipapir og skolemateriell. Klagenemnda fant at innklagede ved evalueringen av tildelingskriteriet "kvalitet" hadde lagt uforholdsmessig stor vekt på kvaliteten til de produkt som det var estimert at det skulle kjøpes mest av, i strid med grunnleggende krav til forutberegnelighet i loven § 5. Klagenemnda kom også til at innklagedes bruk av merkenavn i kravspesifikasjonen var i strid med forskriften § 17-3 (10). Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 21. oktober 2013 i sak 2012/17

Klager: Norengros Johs. Olsen AS

Innklaget: Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten, avdeling for konserninnkjøp

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Tone Kleven, Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium, tildelingsevaluering, angivelse av merkenavn, begrunnelse

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten, avdeling for konserninnkjøp (heretter kalt innklagede) kunngjorde 20. juni 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om kontorrekvisita, kopipapir og skolemateriell. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.4 angitt til kroner 28 millioner per år. Avtalen skulle gjelde 2 år med opsjon på ytterligere 1+1 år, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.7.1. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 4.7 angitt til 18. august 2011.
- (2) Tildelingen skulle skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige, ut fra følgende tildelingskriterier:

<i>Kriterium</i>	<i>Vekt</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
• <i>Pris</i>	• 60 %	<i>Prisskjema jf. kravspesifikasjonen punkt 2.1.1</i>
• <i>Kvalitet</i>	• 20 %	<i>Jf. kravspesifikasjonen punkt 2.2.1</i>
• <i>Miljø</i>	• 20 %	<i>Jf. kravspesifikasjonen punkt 2.3.1</i>

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 6.2 var det inntatt følgende om vektingsmodell:

"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) I kravspesifikasjonen punkt 2.2.1 fremgikk det om vurderingen av tildelingskriteriet "kvalitet" at:

"Oppdragsgiver ønsker å foreta en skjønnsmessig vurdering av kvalitet for et utvalg av tilbudte produkter. Produktene det ønskes vareprøve av, er avmerket i prisskjema og det skal leveres en enhet av de etterspurte produkter. [...]"

- (5) I prisskjemaet som var vedlagt konkurransegrunnlaget, var det oppstilt 425 varelinjer med estimert antall produkter for hver varelinje. Det var etterspurt vareprøver ved 126 av varelinjene. De utvalgte vareprøvene var stort sett basert på produktene det skulle kjøpes flest av innenfor hver produktgruppe.

- (6) På 66 av varelinjene var det oppgitt merkenavn. Dette gjelder merkenavnene "Post-It" notatblokker og flippoverblokk, Korrekturlakk "Rapid", korrekturroller "Mini pocketmouse", "Tipp-Ex" og "Pritt", transportør "Maped", merkemaskin "Dymo", pregetape "Dymo" og "Brother", heftestift "Leitz", en rekke "Grieg" kalenderprodukt, passer "Staedtler", kalkulator "Casio", "Texas" og "Citizen". Det var også vist til viskelær "Plast SP 80" og "Kulepenn Clic M". Det skulle leveres vareprøve på 17 av de varelinjene som var angitt med merkenavn.

- (7) I kravspesifikasjonen punkt 2 om tildelingskriterier, var det presisert at:

"Oppdragsgiver har i størst mulig grad nøytralisert produktnavn i prisskjema og viser til punkt 2.1 i prisskjema for angivelse av kvalitet. Der hvor det er angitt produktnavn, kan leverandørene tilby tilsvarende produkt/vare til samme eller bedre kvalitet. Det aksepteres uvesentlige avvik på oppgitt mål på produktene så lenge ikke dette får konsekvenser for varens egnethet."

- (8) Kravspesifikasjonen punkt 1.1.1 oppstilte også som minimumskrav at:

"Alle produkter skal ha høy kvalitet og være egnet til daglig bruk i kommunens ulike virksomheter (skoler, barnehager, sykehjem, kontorbygg, tekniske etater etc.) i tråd med formålet med denne anskaffelsen."

- (9) Avtalens formål framkom av konkurransegrunnlaget punkt 1.3:

"Formålet med denne anskaffelsen er å besørge effektiv og enkel tilgang på kontorrekvisita, kopipapir og skolemateriell til Oslo kommunes virksomheter. Alle produktene skal være av god kvalitet og tåle daglig bruk i de ulike virksomhetene i Oslo kommune med hver og en sin egenart."

- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra flere leverandører, deriblant Norengros Johs. Olsen AS (heretter kalt klager).

- (11) Leverandørene ble i brev av 5. september 2011 meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå rammeavtale med Lyreco Norge AS (heretter kalt valgte leverandør). I samme brev ble det opplyst at tildelingskriteriet "kvalitet" var blitt vurdert på følgende måte:

"Skjønnsmessig vurdering av kvalitet er foretatt av en gruppe på 6 personer sammensatt av ulike virksomheter i Oslo kommune. Gruppen har rangert produktene på en skala fra 0-10 hvor det produkt som ble vurdert til å være best oppnådde 10 poeng. De øvrige produktene ble rangert i forhold til beste produkt. Der hvor vareprøve ikke er levert er det gitt poengscore 0.

Gruppen har evaluert hvert enkelt produkt (hver varelinje) ved å sammenligne leverandørenes vareprøve for dette produktet. Poenggivning i evaluering er gjort individuelt av alle i gruppen. Etter gjennomgangen ble poengene summert og det ble regnet ut gjennomsnittscore per produkt per leverandør.

Gjennomsnittscore for det enkelte produkt er deretter multiplisert med det antall som er oppgitt i prisskjema for å finne frem til kvalitetspoeng per produkt og deretter summert for å finne antall kvalitetspoeng totalt per leverandør.

Leverandøren med høyest antall kvalitetspoeng totalt har oppnådd 10 poeng. Poengene er deretter multiplisert med den angitte vekten, 20 %.

[...] høyest antall oppnådde kvalitetspoeng totalt var 18 366 591."

- (12) I meddelelsesbrevet var det også oppstilt en tabell som viste total- og vektet poengscore for de deltagende leverandørene under henholdsvis tildelingskriteriene "pris", "kvalitet" og "miljø".
- (13) Klager ba i e-post av 8. september 2011 om innsyn i tilbudene fra samtlige leverandører, innsyn i protokoll, og nærmere begrunnelse for tildelingen. I brev av 12. september 2011 vedla innklagede blant annet kopi av evalueringsmatrise for tildelingskriteriet "kvalitet", som viste fastsatt gjennomsnittspoeng og kvalitetspoeng (gjennomsnittspoeng multiplisert med estimert antall innkjøpte produkter) for klager og valgte leverandør ved hver vareprøve. Innklagede begrunner ytterligere evalueringen under tildelingskriteriet "kvalitet" slik:

"Norengros Johs. Olsen oppnådde 16 140 273 kvalitetspoeng. Leverandør som scoret best på kvalitet oppnådde 18 366 591 kvalitetspoeng og oppnådde poengscore 10. Poengscorene gjenspeiler relevante forskjeller i tilbudene nedover for øvrige tilbud og er deretter multiplisert med den angitte vekten, 20 %.

Som meddelt tidligere er det en gruppe på 6 personer som individuelt og skjønnsmessig har vurdert og poengsatt hvert enkelt produkt. Det er sammenlignet produkt for produkt.

Metoden som ble benyttet var at den enkelte for hvert produkt rangerte disse på en skala fra 0-10 hvor det produktet som ble vurdert som best oppnådde 10 poeng. De øvrige ble rangert i forhold til dette. I etterkant ble poengene fra alle summert per produkt og delt på 6 slik at vi fikk frem gjennomsnitt score per produkt per leverandør.

Gjennomsnittscore per produkt per leverandør er deretter multiplisert med antall oppgitt i prisskjema og summert totalt for å komme frem til antall kvalitetspoeng."

- (14) Klager påklaget evalueringen og tildelingsbeslutningen i brev til innklagede av 18. september 2011, og ba om en ny evaluering, subsidiært at konkurransen måtte avlyses.

- (15) Innklagede tok ikke klagen til følge, og inngikk kontrakt med valgte leverandør den 19. september 2011.
- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. januar 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium

- (17) Slik tildelingskriteriet "*kvalitet*" er fremstilt i konkurransegrunnlaget, gir det oppdragsgiver fullstendig skjønnsfrihet i evalueringen, i strid med kravet til gjennomsiktighet og forutberegnelighet i loven § 5.

Feil ved tildelingsevalueringen

- (18) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved at estimerte antall enheter som skulle kjøpes av hvert produkt ble vektlagt i evalueringen av tildelingskriteriet "*kvalitet*", fordi dette ikke var påregnelig ut fra konkurransegrunnlaget eller kravspesifikasjonen.
- (19) Innklagedes evalueringsmodell under tildelingskriteriet "*kvalitet*" var vilkårlig og grovt urimelig ved at gjennomsnittspoengene ble multiplisert med estimerte antall enheter som skulle kjøpes av hvert produkt. Kvaliteten på den enkelte produkt ikke blir bedre av at det skal kjøpes inn mye av produktet. Dette er således ikke en relevant forskjell i leverandørenes tilbud. Beregningen har også ført til at irrelevante forskjeller i produktenes utforming har fått svært store utslag i poenggivningen.
- (20) Innklagedes skjønnsutøvelse under evalueringen av tildelingskriteriet "*kvalitet*" har vært vilkårlig og urimelig. Det er for eksempel umulig å forstå på hvilken måte kvaliteten ved valgte leverandørs blyanter, under varebeskrivelsen *Blyant 650 HB*", er så gode at de skal premieres med 8,17 gjennomsnittspoeng mer enn klagers blyanter. Det samme gjelder varebeskrivelsen *"viskelær Plast SP80"*, hvor valgte leverandør har oppnådd 4 gjennomsnittspoeng mer enn klager. Klager og valgte leverandør har videre tilbudt samme skrive- og kladdebøker, fra samme produsent. Det er vilkårlig og urimelig at klager er tildelt 2 færre gjennomsnittspoeng enn valgte leverandør under varebeskrivelsen *"Skrivebok-kladdebok"*, på grunnlag av at omslaget på klagers skrive- og kladdebøker er glansede og ikke matte.

Ulovlig produktmerking

- (21) Innklagede har brutt forskriften § 17-3 (10) ved å angi en rekke merker for de etterspurte produktene. Dette er blant annet angitt korrekturlakk "*Rapid*", Korrekturroller "*Mini Pocketmouse*", kalendere merket av "*Grieg*", passer av merket "*Staedtler Mars Basic*", kalkulatorer fra "*Casio*" og "*Texas*", kulepenn "*Clic M*", viskelær "*Plast SP80*".
- (22) Klager har fått lavere poengsum enn valgte leverandør flere steder hvor det er etterspurt varemerker, og hvor klager har tilbudt tilsvarende produkter, men av andre merker. Feilen kan således ha hatt betydning for konkurransens utfall.

Manglende etterprøvbarehet

- (23) Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet, ved at evalueringsmatrisen for tildelingskriteriet "*kvalitet*", ikke forklarer hvorfor poenggivningen er svært sprikende for en rekke produkter.

Erstatning

- (24) Det bes om at klagenemnda tar stilling til om vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium

- (25) Tildelingskriteriet "*kvalitet*" var tilstrekkelig klart for tilbyderne. Det kan ikke kreves at innklagede skulle ha utarbeidet detaljerte beskrivelser av hva som vil vektlegges under tildelingskriteriet kvalitet for den enkelte varelinje. Tildelingskriteriet må også sees i lys av kravspesifikasjonen punkt 1.1.1 og konkurransegrunnlaget punkt 1.3.

Feil ved tildelingsevalueringen

- (26) Innklagede bestrider at kravene til forutberegnelighet og gjennomslutlighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 er brutt ved evalueringen av tildelingskriteriet "*kvalitet*". Det var forutberegnelig for tilbyderne at det estimerte antallet enheter som skulle kjøpes av hver vareprøve ble tatt i betraktning ved vurderingen av kvalitetspoengene. Det fremgår av prisskjemaet, som det var henvist til i konkurransegrunnlaget, at de produkt det ble ønsket vareprøver av var de produkter det kjøpes flest enheter av. Volumtallene som er lagt til grunn framsto klart i prisskjema. Det er innklagedes vurdering at en "*rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder*" bør forstå at det er viktigere for oppdragsgiver at kvaliteten på produktene det selges mye av enn de produktene det selges lite av.
- (27) Det bestrides at evalueringsmodellen under tildelingskriteriet "*kvalitet*" var vilkårlig og grovt urimelig, ved at gjennomsnittspoengene ble multiplisert med estimerte antall enheter som skulle kjøpes av hvert produkt. Kvalitetsevalueringen ble foretatt av en bredt sammensatt gruppe på 6 personer, som har gjennomført kvalitetsvurderingen varelinje for varelinje og fortløpende har notert de individuelle poengene. Det er ikke vilkårlig eller grovt urimelig at gjennomsnittlig kvalitetspoeng per produkt ble multiplisert med antall enheter som ble ønsket kjøpt for å finne kvalitetspoeng per produkt. Slik vil god kvalitet premieres størst på de produkt som selges mest. Det er for eksempel av større betydning dersom alle elever i osloskolen får kladdebøker av dårlig kvalitet enn pappesker, som det selges lite av, har dårligere kvalitet.
- (28) Det bestrides at innklagedes skjønnsutøvelse under evalueringen av tildelingskriteriet "*kvalitet*" har vært vilkårlig og urimelig. Ved evaluering av produktet "*Blyant 650 HB*", hadde klager tilbudt "*Breifå*" trykkblyant 0,5 mm, som ikke ble ansett å ha samme funksjon og bruksområde som "*Blyant 650 HB*" - som de øvrige tilbyderne tilbudte. Dette fordi blyet i en trykkblyant lettere brykkes enn ved en ordinær blyant. Klagers tilbudte viskelær under varelinjen "*Viskelær SP80*" var videre meget lite og ble vurdert å ha betydelig dårligere viskeevne enn produktet fra valgte leverandør. Når det gjelder evaluering av produktet "*Skrivebok – kladdebok*", hadde vareprøvene fra klager og valgte leverandør ulik kvalitet og ble gitt ulik score. Skolebøker ble blant annet vurdert

ut fra at de normalt får en røff behandling i en skolesekk, det vil si hvordan boken og omslaget ble seende ut etter å ha blitt krøllet og brettet.

- (29) Klager har fått høyere poengscore enn valgte leverandør på 44 varelinjer, og de har fått lik poengsum på 11 varelinjer. Den endelige forskjell i poeng ble minimal – Klager fikk 8,79 poeng og valgte leverandør 9,62. Dette underbygger at metoden for evaluering av kvalitet ikke er vilkårlig eller grovt urimelig.

Ulovlig produktmerking

- (30) Innklagede bestrider at det er vist til produktnavn i strid med forskriften § 17-3.
- (31) Kravspesifikasjonen punkt 2 presiserer at produkter med tilsvarende egenskaper vil bli akseptert. Dette må likestilles med "*eller tilsvarende*" for hver varelinje.
- (32) Det er brukt produktnavn enkelte steder i prisbilaget for å kunne gi en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand. For produktgruppen kalendersystem, viste innklagede produktmerket "*Grieg*" kalendersystem fordi tilbudt produkt måtte kunne innpasses i dette. Det blir unødig ressurskrevende å beskrive dette uten henvisning til merkenavn. Det samme gjelder for pregetape. Det ble vist til merkenavn for kalkulatorer for å angi hvilke funksjoner det var behov for. Det må være urimelig å kreve av hensyn til ressursbruk at kommunen må bruke ekstern kompetanse til å beskrive funksjonene som kreves i en kalkulator. Det ble vist til Passer "*Staedtler Mars Basic*" fordi den står for en kvalitetsstandard som innklagede mener skulle oppfylles for dette produktet, og som vanskelig kan beskrives på annen måte.
- (33) Innklagede var ikke klar over at "*Mini Pocketmouse*", "*Rapid 20 ml*", "*Click M*", "*Plast SP80*" var et merkenavn.
- (34) Det er vanlig innenfor markedet å operere med merkenavn innenfor enkelte deler av kravspesifikasjonen, uten at markedet oppfatter dette som et pålegg om å tilby bestemte merker. Klager har for eksempel ikke tilbudt "*Grieg*" kalendere. Leverandør med høyest poengsum på korrekturroller "*Mini Pocketmouse*" har ikke levert produkt fra Tipp-Ex.
- (35) Subsidiært at produktmerker er oppgitt i strid med § 17-3 (10), har dette mest sannsynlig ikke hatt innvirkning på konkurransen. Det er stort sett de samme leverandørene som leverer tilbud i denne type anskaffelse, og det har ikke vært et tema for tidligere konkurranser og klager. At klager på enkelte varelinjer har fått dårligere poengsum for å tilby andre merker enn de etterspurte merkenavn, skyldes konkrete kvalitetsforskjeller. Leverandør med høyest poengsum på korrekturroller "*Mini pocketmouse*" har ikke levert produkt fra "*Tipp-Ex*", "*Snorre*", eller passer "*Staedtler*", noe som underbygger at bruk av merkenavn ikke har hatt betydning ved evalueringen. Når det gjelder viskelær "*SP80*" så var det en markant forskjell i opplevd kvalitet fordi klager leverte et meget lite viskelær som var dårlig å holde i og hadde dårlig viskeevne. Klagers kulepenn sluttet tidvis å skrive ved testing. Passeren som klager leverte opplevdes absolutt dårligst ut fra hvor stabil den var i bruk og hvor stor grad av finmotorikk som skulle til for å oppnå ønsket resultat. Når det gjelder kalkulator "*Texas*", var det små forskjeller i poenggivning på bakgrunn av tilbudte produkters kapasitet for et produkt med svært lite volum.

Erstatning

- (36) Det bestrides at vilkårene for erstatning for positiv kontraktinteresse er oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale om kontorrekvisita, kopipapir og skolemateriell, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.4 angitt til kroner 28 millioner per år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste 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 tildelingskriterium

- (38) Klager har anført at tildelingskriteriet *"kvalitet"* ga innklagede ubetinget skjønnsfrihet i evalueringen, i strid med kravet til gjennomsiktighet og forutberegnelighet i loven § 5.
- (39) Innklagede har opplyst i kravspesifikasjonen punkt 2.2 at tildelingskriteriet *"kvalitet"* ville bli evaluert ut fra *"en skjønsmessig vurdering av kvalitet for et utvalg av tilbudte produkter. Produkter det ønskes vareprøve av, er avmerket i prisskjema og det skal leveres en enhet av de etterspurte produkter"*.
- (40) I medhold av generelle prinsippene i loven § 5, gjelder det et klarhetskrav ved utformingen av tildelingskriteriene. Dette klarhetskravet innebærer blant annet at tildelingskriteriene skal formuleres så klart at rimelig aktsomme leverandører kan forstå hva som vil bli vektlagt ved evalueringen, jf. blant annet klagenemndas avgjørelser 2010/210 premiss (36) og 2007/125 premiss (40) med videre henvisninger.
- (41) Hvorvidt et tildelingskriterium oppfyller kravet til klarhet må vurderes på bakgrunn av den konkrete utformingen av konkurransegrunnlaget i sin helhet.
- (42) Kravspesifikasjonen punkt 2.2 opplyser at tildelingskriteriet *"kvalitet"* skulle evalueres ut fra en *"skjønsmessig vurdering av kvalitet for et utvalg av tilbudte produkter"*. . Det følger videre av kravspesifikasjonen punkt 1.1.1 og tilbudsinnbydelsens punkt 1.3 at alle produkter skulle skal ha høy kvalitet og *"være egnet til daglig bruk i kommunens ulike virksomheter (skoler, barnehager, sykehjem, kontorbygg etc.)"*, samt *"tåle daglig bruk"* i de ulike virksomhetene i Oslo kommune. Det fremstår som naturlig ut fra denne presiseringen at innklagede vil vektlegge brukervennlighet ovenfor målgruppene for kontrakten, samt produktenes robusthet, i evalueringen av tildelingskriteriet *"kvalitet"*.
- (43) Klagenemnda anser at kriteriet *"kvalitet"* slik det er angitt i kravspesifikasjonen punkt 2.2 og sammenholdt med konkurransegrunnlagets øvrige tekst, oppfyller det anskaffelsesrettslige kravet til klarhet.

Feil ved tildelingsevalueringen

- (44) Klager har anført flere grunnlag for at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene i forhold til tildelingskriteriet *"kvalitet"*, ved å multiplisere skjønsmessige kvalitetspoeng med estimert antall kjøpte enheter av hvert enkelt produkt.

- (45) Innklagede har evaluert 126 vareprøver/varelinjer under tildelingskriteriet "*kvalitet*". Innklagede har opplyst at det ved evalueringen ble gitt kvalitetspoeng til det enkelte produkt, multiplisert med det estimerte antallet som ville kjøpes inn av dette. Dette innebærer i realiteten at innklagede, under tildelingskriteriet "*kvalitet*" har foretatt en form for vekting av hver varelinje. Kulepenn "*Mass farger*" hadde høyest estimert antall på 155 000 enheter, og ble derfor tillagt størst vekt i evalueringen. Kalkulator "*Casio MR80VER*" hadde laveste estimert antall på 100 produkt og ble tillagt minst vekt. Klagers anfører at denne etterfølgende vektingen av varelinjene var uventet, vilkårlig, urimelig og i strid med det grunnleggende kravet til gjennomsiktighet.
- (46) Regelverkets krav til forutberegnelighet innebærer at et tildelingskriterium ikke må anvendes på en uventet, vilkårlig eller usaklig måte i evalueringen.
- (47) Sentralt i vurderingen må være om det var forutberegnelig at innklagede ville benytte en metode som nevnt. Innklagede har i den forbindelse vist til at tilbyderne kunne lese av prisskjemaet at vareprøver ble etterspurt av varelinjene med høyest estimert antall kjøpte produkt.
- (48) Ettersom varene som skulle evalueres omfattet mange og svært forskjellige produkter i en rekke produktgrupper, der oppgitt estimert antall innkjøpte enheter strakk seg fra 100 til 150 000, var det etter nemndas vurdering ikke uforutberegnelig at forskjellen i estimert antall ville bli tillagt en viss betydning ved evalueringen av "*kvalitet*" som tildelingskriterium. Oppdragsgiver må imidlertid ved den konkrete evalueringen av tilbudene i forhold til tildelingskriteriet "*kvalitet*", gi uttelling for relevante forskjeller i forhold til kvaliteten på produktene, og nemnda kan ikke se at den valgte metode er egnet i så måte. Ved å benytte en metode der estimert antall multipliseres med kvalitetspoeng har innklagede etter nemndas vurdering tillagt forskjellen i antall estimerte innkjøpte enheter uforholdsmessig stor vekt i forhold til forskjellene i kvalitet, i strid med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i loven § 5.
- (49) Klager har også anført at innklagedes skjønnsmessige evaluering under tildelingskriteriet "*kvalitet*" var vilkårlig og urimelig.
- (50) Klager viser til det var uforståelig hvorfor klager ble tildelt 8,17 færre gjennomsnittspoeng under varelinjen "*Blyant 650 HB*" enn valgte leverandør, og hvorfor valgte leverandør under varelinjen "*Viskelær Plast SP80*" fikk tildelt 4 gjennomsnittspoeng mer enn klager. Innklagede har i premiss (28) gitt en begrunnelse for at klager ble tildelt de aktuelle poeng for disse to produktene. Begrunnelsen synes saklig og forsvarlig, og klagenemnda finner ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes skjønnsmessige vurdering av forskjellen mellom klagers og valgte leverandørs tilbud på "*Blyant 650 HB*" og "*Viskelær Plast SP80*".
- (51) Klager har også anført at det er vilkårlig og urimelig at klager er tildelt 2 færre gjennomsnittspoeng enn valgte leverandør under varebeskrivelsen "*Skrivebok-kladdebok*", når den eneste forskjellen mellom de tilbudte skrivebøkene er at omslaget på klagers skrive- og kladdebøker er glansede og ikke matte. Innklagede har forklart at klager og valgte leverandørs produkter hadde ulik kvalitet og at skolebøker blant annet var vurdert ut fra hvordan omslaget og boken ble seende ut etter å ha blitt krøllet og brettet – som ved en røff behandling i en skolesekk. Klagenemnda finner ikke grunn til

å overprøve innklagedes vurdering av at matte omslag representerte et kvalitetsfortrinn i denne sammenhengen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Ulovlig produktmerking

(52) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 17-3 (10), ved å vise til bestemte merkenavn i prisskjemaet.

(53) Forskriften § 17-3 (10) lyder:

"Med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt merke, [...] 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"."

(54) Innklagede har i denne konkurransen angitt spesifikke merkenavn i prisskjemaet. Dette gjelder merkenavnene "Post-It" notatblokker og flippoverblokk, korrekturlakk "Rapid", korrekturroller "Mini pocketmouse", "Tipp-Ex" og "Pritt", transportør "Maped", merkemaskin "Dymo", pregetape "Dymo" og "Brother", heftestift "Leitz", en rekke "Grieg" kalenderprodukt, passer "Staedtler", og kalkulator "Casio", "Texas" og "Citizen". Henvisningen til viskelær "Plast SP 80" og "Kulepenn Clic M" kan også objektivt forstås som en henvisning til varemerkene "Snorre" og "Bic".

(55) Spørsmålet er først om henvisningen til merkenavnene "har som virkning at visse [...] produkter favoriseres eller utelukkes", jf. forskriften § 17-3 (10). Det gjelder en lav terskel for at det anses å oppstå en slik virkning, se i denne forbindelse Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser punkt 9.5.4.

(56) Innklagede har anført at det er vanlig å operere med merkenavn innenfor enkelte deler av kravspesifikasjonen i dette markedet, uten at tilbyderne oppfatter dette som et pålegg om å tilby bestemte merker. Det hevdes også at merkenavnene uansett ikke ble favorisert ved tilbudsevalueringen. Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har dokumentert at merkebeskrivelsen ikke har som virkning at visse produkter favoriseres eller utelukkes. Det faktum at en rekke tilbydere, inkludert klager, ved en rekke varelinjer har tilbudt andre produkter enn de etterspurte, kan heller ikke tillegges avgjørende vekt.

(57) I henhold til § 17-3 (10) er det likevel tillatt å vise til merkenavn i to tilfeller der "kontraktens gjenstand berettiger det", og "der en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand [...] ikke er mulig". For at det siste unntaket skal kunne anvendes gjelder et tilleggsvilkår om at henvisningen skal ledsages av uttrykket "eller tilsvarende".

(58) Det nærmere innholdet i vilkåret om at "kontraktens gjenstand berettiger" merkehenviisning, fremgår ikke direkte av ordlyden i bestemmelsen. Kjerneområdet for unntaket er når henvisningen til eksisterende utstyrs merkenavn er foranlediget av at produktet som anskaffes skal være kompatibelt med eksisterende utstyr. Det kan normalt ikke kreves at det eksisterende utstyret skal skiftes ut, jf. klagenemndas sak 2012/220 premiss (25) med videre henvisninger.

- (59) Innklagede har forklart at henvisningen til "*Grieg*" kalenderprodukt var begrunnet i at tilbudt produkt måtte kunne innpasses i "*Grieg*" kalendersystem, som allerede var innkjøpt. Innklagede argumenterer tilsvarende for produktet pregetape, ved at tilbudt tape måtte kunne innpasses i innkjøpt merkemaskin. Innklagede har imidlertid ikke sannsynliggjort at det kun er produkt med de oppgitte merkenavn som er compatible med de innkjøpte produktene, jf. også klagenemndas avgjørelse 2008/218 premiss (30) og (31), som også gjaldt "*Grieg*" kalendersystem. Det er heller ingen andre forhold som tilsier at merkehenvisningene er berettiget grunnet "*kontraktens gjenstand*".
- (60) Merkehenvisningene er dermed ulovlige, med mindre "*en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig*". Dette unntaket kan kun benyttes dersom der det ikke er mulig å gi en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse i tråd med forskriftens vanlige regler, og unntaket skal tolkes snevert. Det må verken være mulig å beskrive ytelsen med en ytelses- eller funksjonsbeskrivelse, eller ved bruk av standarder.
- (61) I foreliggende sak er en rekke produkter angitt med merkenavn, med en generell bemerkning i konkurransegrunnlaget om at tilbyderne kan tilby tilsvarende varer med samme eller bedre kvalitet. Innklagede har vist til ressurshensyn ved utformingen av konkurransegrunnlaget som begrunnelse for valget om å angi disse produktene med merkenavn. Klagenemnda kan ikke se at ressurshensyn er tilstrekkelig til å berettige merkehenvisninger. Innklagede har ikke belyst hvilke egenskaper ved de aktuelle produktene som ikke var mulig å spesifisere, og har heller ikke forsøkt å beskrive sitt behov på en alternativ måte. Innklagede har ikke sannsynliggjort at vilkårene i unntaksbestemmelsen er oppfylt. Klagers anførsel fører etter dette frem.

Manglende etterprøvbarehet

- (62) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet, ved at sprikende poenggivning ved en rekke produkter ikke er begrunnet.
- (63) Innklagede fremla en evalueringsmatrise som viste tilbyderne sine gjennomsnittspoeng ved hvert enkelt produkt, og totale kvalitetspoeng under tildelingskriteriet "*kvalitet*".
- (64) Oppdragsgivers begrunnelsesplikt er regulert i forskriften § 11-14, slik den lød på tidspunktet for konkurransen, før endringene av 1. juli 2012. Etter dennes (1) skal oppdragsgiver gi "*tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig*".
- (65) Et av formålene bak begrunnelsesplikten er at leverandørene skal kunne bedømme om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse 2013/21 premiss (77). For å vurdere hvorvidt innklagedes valg har vært saklig og forsvarlig, kan det ikke kreves en konkret begrunnelse for kvalitetsforskjellen mellom klagers og valgte leverandørs tilbud ved hver enkelt av de 126 produktene som skulle evalueres. Evalueringsmatrisen, sammenholdt med de øvrige opplysningene som ble gitt, ga klager et tilstrekkelig grunnlag til å imøtegå tildelingsbeslutningen. Anførselen fører ikke frem.

Erstatning

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

Konklusjon:

Oslo kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved den metode som er benyttet ved evalueringen under tildelingskriteriet "*kvalitet*".

Oslo kommune har også brutt forskriften § 17-3 (10) ved angivelse av merkenavn i kravspesifikasjonen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Bergen, 21. oktober 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal