



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om leie og drift av multifunksjonsmaskiner. Klager anførte at innklagede hadde brutt forskriften § 17-2 (1) ved å foreta vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp, herunder å endre prisskjemaet, og frafalle flere minimumskrav som var fastsatt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kom til at det var foretatt endringer og at disse måtte anses som vesentlige, slik at innklagede hadde brutt forskriften § 17-2 (1). Det ble lagt til grunn at konkurransen skulle ha vært avlyst. Klagers øvrige anførsler ble derfor ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 13. august 2014 i sak 2012/206

- Klager:** Canon Norge AS
- Innklaget:** Kommunene Strand, Suldal, Hjelmeland, Bjerkreim, Forsand og Kvitsøy
- Klagenemndas medlemmer:** Magni Elsheim, Andreas Wahl og Jakob Wahl
- Saken gjelder:** Vesentlig endring av konkurransegrunnlag før tilbudsfristens utløp. Avlysningsplikt. Saklig klageinteresse.

Bakgrunn:

- (1) Kommunene Strand, Suldal, Hjelmeland, Bjerkreim, Forsand og Kvitsøy (heretter innklagede) kunngjorde 11. april 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kontrakt om leie og drift (service) av multifunksjonsmaskiner. Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt i kunngjøringen, men anskaffelsen er kunngjort i EU-databasen TED og antas derfor å være over EØS-terskelverdi. Kontraktsperioden var satt til fem år. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt 2.3 angitt å være 28. mai 2012.
- (2) Konkurransen ble gjennomført av Innkjøpsassistanse Vest AS på vegne av kommunene. Konkurransen gjaldt fire ulike kategorier av maskiner, hvor kategori 1 var en liten maskin, kategori 2 en noe større og kategoriene 3 og 4 de største maskinene. Multifunksjonsmaskinene skulle blant annet ha funksjonene utskrift, skanning og faks. For to av kommunene var opsjon på tilleggsfunksjoner aktuelt. De ulike maskinene skulle plasseres på ulike lokasjoner i kommunene, basert på sine funksjoner.
- (3) Det fulgte av konkurransegrunnlaget punkt 2.7, "Besvarelse", at hver leverandør bare kunne levere ett tilbud, og at det kun skulle tilbys én type av hver av de etterspurte maskinene.
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1.2, "Minimumskrav", ble følgende presisert:

"Alle maskinene er definert i pris og kvalitetsskjema (vedlegg 2) og skal være både farge og svart/hvitt og leveres med skanner. Minimumskravene går frem av skjemaene for hver type og er å betraktes som absolutte. Det betyr at tilbud under disse kan føre til avvisning, jf. FOA § 20-13."

- (5) Det var satt opp generelle krav til alle maskinene i punkt 4.1.3, mens de spesifikke kravene for hver av de fire kategoriene av maskiner fremkom av pris- og kvalitetsskjemaet som var lagt ved konkurransegrunnlaget.
- (6) Pris- og kvalitetsskjemaet var for hver av de fire maskinkategoriene delt inn i "*Priser grunnmodell*", "*Priser tilleggsfunksjoner opsjon*" og "*Kvalitet på grunnmodell*", og sistnevnte var igjen oppdelt i "*Parameter*" og "*Minimumskrav*".
- (7) Det kom inn diverse spørsmål til innklagede før tilbudsfristens utløp. Innklagedes svar på disse, i dokumentet "*Spørsmål og svar*" pr. 8. mai 2012, ble tilføyd listen over tilleggsdokumenter til kunngjøringen i DOFFIN 9. mai 2012. Samtidig ble tilbudsfristen utsatt fra 28. mai til 29. mai 2012.
- (8) Tilleggsdokumentet "*Spørsmål og svar*" pr. 21. mai 2012 tilføyd 22. mai 2012. Her ble det opplyst at tilbudsfristen ble utsatt fra 29. mai til 31. mai 2012. Grunnen var at det var kommet inn mange spørsmål, og at prisskjemaet var revidert.
- (9) Fra "*Spørsmål og svar*" av 21. mai 2012 gjengis følgende spørsmål med tilhørende svar:

"9. KG punkt 4.1.2 Minimumskrav

I konkurransegrunnlaget pkt.4.1.2 fremkommer følgende: «Alle maskinene er definert i pris og kvalitetsskjema (vedlegg 2) og skal være både farge og svart/hvitt og leveres med skanner. Minimumskravene går frem av skjemaene for hver type og er å betrakte som absolutte. Det betyr at tilbud under disse kan føre til avvisning, jf. FOA § 20-13». Kan oppdragsgiver bekrefte at disse er absolutte og må oppfylles, og at manglende oppfyllelse av disse kravene vil medføre avvisning av tilbudet, og ikke bare kan medføre avvisning?

Svar: Ja, men eventuelle endringer i krav som følge av tilbakemeldinger vil bli hensyntatt, jf. bl.a. svar på spørsmål 11 - 13 i dette dokument.

[...]

11. I Prisskjema og kvalitetsskjema vedlegg 2 kategori 4 oppgis det stift på 100 ark som minimumskrav. Er dette et absolutt krav da dette vil medføre en stor ekstra kostnad ved å måtte oppgradere til en større maskin grunnet dette ene punktet? Vil det være mulig å justere minimumskravet ned til 50 ark på stift i kategori 4 om alle andre krav står?

Svar: Det er herved ikke et absolutt krav, men kan trekke ned ved vekting.

12. Spørsmål til krav til tekniske spesifikasjoner i Pris- og kvalitetsskjema, vedr. krav til papirkapasitet:

Vi ber oppdragsgiver vurdere å senke kravet til papirkapasitet i kategori 2 og kategori 3 til 3000 ark og øke kapasiteten i kategori 4 til 5000 ark slik at kapasiteten står bedre i forhold til behovet som er definert i forespørselen. Krav om 4.000 ark i kategori 2 og kategori 3 medfører en merkostnad, og en endring i forhold til dagens praksis. Maskiner i dette segmentet blir dyrere, og tar fysisk større plass med utvendig papirkassett på siden av enheten. Vil oppdragsgiver vurdere å omgjøre kravet til kategoriene 2 og kategori 3?

Svar: Oppdragsgiver gjør med dette om kravene til papirkapasitet i kategoriene 2 og 3: Kravene til papirkapasitet i kategori 2 og 3 senkes til 3000 ark.

[...]

14. Kategori 1 i pris- og kvalitetsskjema. De krav som er satt til etterbehandling til denne kategorien hindrer konkurransen ved at det er få eller om noen tilbydere som har mulighet til å levere en A4 modell med alle de ønskede etterbehandlingsmulighetene. Ber derfor om at oppdragsgiver vurderer at kategori 1 også skal håndtere papirformatet A3.

Svar: Tilleggsfunksjonene sortering, hefte, stift og hull fjernes herved fra kategori 1. Håndtering av A3 er ikke et krav til kategori 1.

[...]

23. Vi finner en del feil i vedlegg 2, i formler, eller mangel på formler og forskjeller i fanene. Er det slik å forstå at de skal være identiske?

Svar: Nye prisark vedlegges. Prisark og formler vil bli kontrollert, og innkomne svar lagt inn i samme regnearkmodell for å sikre rettferdig evaluering. Evt. feil korrigeres.

[...]

30. Spørsmål i tilknytning til prisskjema siste fane "Samlet prisskjema"

Vi ber oppdragsgiver opplyse om alle opsjonene er et krav til maskinene. Når det gjelder minste maskin, A4, er funksjoner som Stift/heft/hull ikke-eksisterende i markedet. Prisskjemaet vil derfor under evaluering ikke gi rettferdig evaluering, ettersom det finnes leverandører som ikke kan levere alle funksjoner. Ettersom opsjoner skal føres opp med priser vil leverandører som ikke innfrir alle krav til opsjoner skåre høyt på pris. Se "Opsjoner som tilbudt i flik 1" rad 9.

Svar: Funksjoner som er ikke-eksisterende i markedet vil ikke bli tilbudt, og følgelig heller ikke skape problemer under evalueringen. Se for øvrig svar i pkt. 14.

Dersom flere av tilbyderne ikke innfrir krav til en enkeltopsjon ved ikke å prissette den vil vi for å sikre bredest mulig konkurranse kunne komme til å stryke denne opsjonen ved evaluering. Det skal ikke være fordelaktig å unnlate å prise det vi har spurt om. Dersom kun en tilbyder ikke innfrir krav til en enkeltopsjon ved ikke å prissette denne, kan vi komme til å avvise tilbudet fra denne tilbyderen.

For det tilfellet at oppdragsgiver utfra foregående avsnitt skulle velge å ta bort en funksjon fra prisevalueringen fordi flere ikke har tilbudt den; vil uansett de tilbydere som har tilbudt denne funksjonen få plusspoeng under tildelingskriteriet "Kvalitet mv".

[...]

41. I kategori 1 er det satt ett krav til å produsere hefter (linje 14). I tillegg er minimumskravet A4 utskrift.

Dersom man her tenker å få på plass en rimeligere maskinmodell, så tror vi at det er få eller ingen leverandører som har kombinasjonen A4 maskin / hefteproduksjon med stift. Vi ber derfor om at det vurderes behov for å kunne lage hefter i denne kategorien slik at man ikke behøver å prise inn enn dyrere modell enn nødvendig.

Svar: Se svar på spørsmål 14 og 30. Kravet er endret for kategori 1."

[...]

44. I prisskjemaet kategori 2 og 3 står det: "Software (Ref. 4.1.3. pkt. 5)". Dette punkt omhandler drivere. Dersom det her henvises til samme kategori som i spørsmålene over, gjelder også den samme konklusjon her.

Svar: Da drivere er gratis blir dette punktet slettet i prisskjemaet.

[...]

46. I prisskjemaet kategori 1 og 4 er det ikke linje for totalbeløp som skal overføres til samlet prisskjema. Regner med at dette er feil, og ber om en tilbakemelding på dette.

Svar: Nytt prisskjema vedlegges. Det er korrekt oppfattet —prisskjema for kategori 1 og skal på dette punkt tilsvare skjemaene i kategori 2 og 3, jf. svar på spørsmål 23.

- (10) I tillegg til spørsmålene gjorde innklagede oppmerksom på følgende endring i samme dokument:

"Duplex scan og faks fjernes fra kategori 1"

- (11) Innklagede mottok fire tilbud, inkludert tilbudet fra Canon Business Center Stavanger AS, som en del av Canon Norge AS (heretter klager). I e-post av 19. juni 2012 ble leverandørene opplyst om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Konica Minolta (heretter valgte leverandør), og at klagefristen var satt til ti kalenderdager fra og med 19. juni 2012.
- (12) I e-post av 20. juni 2012 etterspurte klager ytterligere begrunnelse for resultatet, begjærte innsyn i anbudsprotokollen, protokollen fra anbudsåpningen, evaluerings- og vurderingsskjemaet benyttet under evaluering av tilbudene, og ba om å få tilsendt valgte leverandørs tilbud.
- (13) Klager sendte klage direkte til innklagede i e-post av 27. juni 2012.
- (14) Av e-post av 29. juni 2012 fra innklagede til valgte leverandør fulgte det at dersom det var enighet om detaljene, hadde innklagede til hensikt å signere kontrakt førstkommende mandag, som var 2. juli 2012. Klager har opplyst at kontrakt ble inngått 29. juni 2012. Innklagede har opplyst at kontrakt ble inngått med valgte leverandør 2. juli 2012.
- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. september 2012.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Karensperioden

- (17) Innklagede har brutt forskriften § 22-3 (3) ved å sette en for kort karensperiode, fra og med 19. juni 2012 til 28. juni 2012. Ettersom meddelelsen ble sendt elektronisk, skulle

ikke karensperioden ha vært kortere enn 10 dager, og den skulle ha blitt regnet fra dagen etter at meddelelsen ble gitt.

- (18) Videre har innklagede brutt forskriften § 22-3 (3) ved å inngå kontrakt før karensperioden hadde utløpt. Siden fristen skal løpe fra dagen etter at tildelingsmeddelelsen er gitt, løp den ti dager fra og med 20. juni 2012. Innklagede bekreftet indirekte i e-post av 2. juli 2012 at kontraktene var signert før 29. juni 2012 kl. 13:48.

Vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget

- (19) Innklagede har brutt forskriften § 17-2 (1), samt kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet, ved vesentlig å endre prisskjemaet i evalueringsprosessen og ved å frafalle en rekke minimumskrav som var fastsatt i konkurransegrunnlaget etter spørsmål fra tilbyderne. Disse endringene utgjorde hver for seg, og i alle fall samlet, en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.
- (20) Endringene var uansett et brudd på kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i loven § 5, fordi leverandører som et minimum må vite hvilke krav som stilles til ytelsen som skal leveres, og fordi muligheten til å endre konkurransegrunnlaget er meget begrenset etter kunngjøring av konkurransen.

Utformingen av konkurransegrunnlaget

- (21) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og likebehandling ved ikke å utforme konkurransegrunnlaget klart nok. Konkurransegrunnlaget var mangelfullt og spesifiserte ikke ytelse, funksjonskrav eller totalt omfang av kontrakten på en tilfredsstillende måte.
- (22) At det kom inn 59 spørsmål til konkurransegrunnlaget i perioden fra kunngjøring til tilbudsfrist, indikerer at konkurransegrunnlaget verken var tilstrekkelig gjennomtenkt eller ferdig utformet. Siden anskaffelsen gjaldt en kontrakt, og ikke rammeavtale, stilles det meget høye krav til konkurransegrunnlagets presisjon og nøyaktighet.

Endring av tildelingskriteriet "kvalitet"

- (23) Innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å vurdere utskriftstestene i tildelingsevalueringen, når dette var ett av to evalueringsområder under tildelingskriteriet "kvalitet". Dette utgjør en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, noe som er et brudd på de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet. Innklagede var forpliktet til å avlyse konkurransen når det ble oppdaget at de oppsatte tildelingskriteriene ikke var egnet til å identifisere det beste tilbudet.

Kravet til likebehandling

- (24) Innklagede har brutt kravet til likebehandling ved ikke å opplyse om restverdier på eksisterende maskinpark etter anmodning, når eksisterende leverandør, som også deltok i konkurransen, hadde en detaljert oversikt over eksisterende maskinpark og aktuelle utskiftningspunkter for de enkelte maskinene hos innklagede. Den eneste som visste restverdiene var eksisterende leverandør, som ble innstilt som valgte leverandør. Innklagede plikter å påse at det ikke finner sted verken åpen eller skjult forskjellsbehandling og har en aktivitetsplikt for å utjevne eventuelle fordeler eksisterende leverandør måtte ha. Det er riktig at innklagede forut for anskaffelsen hadde

fire eksisterende leverandører, og ikke bare valgte leverandør (Konica Minolta). Likevel stod valgte leverandør for 83 % av maskinene i kommunene. Dette utgjør 112 av 135 maskiner.

Kontraktens omfang

- (25) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved at konkurransegrunnlaget ikke er tilstrekkelig detaljert utformet til å kunne være grunnlag for en kontrakt for samtlige maskinleveranser for alle kommunene de neste fem årene. Fordi anskaffelsen er en kontrakt, og ikke en rammeavtale, kan innklagede bare skaffe eksakt de maskiner som er oppgitt i konkurransegrunnlaget på det fastsatte tidspunktet. Når utskiftningene skal skje, er det kun eksisterende leverandør som vet eksakt, og de kan derfor skreddersy sitt tilbud. Anbudskonkurransen til to av kommunene ble dessuten oppfattet som en rammeavtale.
- (26) At ingen av tilbyderne har stilt spørsmål om kontraktens omfang, kan ikke frita oppdragsgiver fra å gjennomføre konkurransen i samsvar med regelverket.

Begrunnelsesplikten

- (27) Innklagede har brutt begrunnelsesplikten i forskriften § 20-14 (1) og (4) ved ikke å spesifisere på hvilke områder valgte leverandør er bedre enn klager og ved at det stort sett bare er resultatene, ikke forklaringer på hvordan man har kommet frem til dette, som er gjengitt i begrunnelsen. Dette gjaldt også den ytterligere begrunnelsen som klager etterspurte i skriv av 20. juni 2012, der innklagede viste til følgende:

"Ved sammenligning av vinneres svar med svar fra Canon, finner vi at vinner er marginalt bedre."

Kunngjøring av konkurranseresultater

- (28) Innklagede har brutt kunngjøringsplikten etter forskriften § 18-4 (1) ved ikke å gjøre kjent i en kunngjøring hvem som ble tildelt kontrakt innen 48 dager etter at kontrakt er tildelt. Innklagede skulle ha gjort dette senest 17. august 2012.
- (29) Klager ber klagenemnda uttale seg om vilkårene for å kreve negativ kontraktsinteresse for klager er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Karensperioden

- (30) Det bestrides at forskriften § 22-3 (3) er brutt ved en for kort karensperiode. Karenstiden varte til 29. juni 2012, og ikke 28. juni 2012. Dette har likevel ikke praktisk betydning, fordi klager formidlet sin klage rettidig, og kontrakt med valgte leverandør først ble signert 2. juli 2012.

Vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget

- (31) Endringene som ble gjort i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristen var uvesentlige. De fleste spørsmålene knyttet til konkurransegrunnlaget gjaldt opsjoner, og mange spørsmål var helt eller delvis overlappende. Tallet på innkomne spørsmål kan ikke tas til inntekt for at konkurransegrunnlaget var utilstrekkelig presisert.

- (32) På grunn av den teknologiske utviklingen på fagområdet var det behov for enkelte presiseringer og oppklaringer underveis. De foretatte endringene lå innenfor oppdragsgivers rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer.
- (33) Det korrigerte prisskjemaet var heller ikke en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. I spørsmål 23, 44 og 46, publisert 22. mai 2012, kom det frem at det heftet feil eller mangler ved formler, og at det var forskjeller i fanene i det kunngjorte prisskjemaet, se omtalte spørsmål i premiss (9) ovenfor. Det ble derfor vedlagt et nytt prisark, der alle innkomne svar skulle legges inn for å sikre rettferdig evaluering. Det korrigerte prisskjemaet ble kunngjort 21. mai 2012, og tilbudsfristen ble forlenget til 31. mai 2012. Tilbyderne hadde da god tid til å fylle inn det oppdaterte skjemaet.

Utformingen av konkurransegrunnlaget

- (34) Konkurransegrunnlaget er klart og entydig utformet. Det blir styrket av at det var fire tilbydere som kunne evalueres klart og entydig opp mot hverandre.

Endring av tildelingskriteriet "kvalitet"

- (35) Klager har misforstått antall underkriterier til tildelingskriteriet "kvalitet" og tillagt ett av kriteriene større betydning enn det er grunnlag for ut fra konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriet "kvalitet" består av tre hovedpunkter som er kvalitetsskjema, herunder teknisk spesifikasjon og beskrivelse av maskinene, spørsmål 1-4 og referanser. Sistnevnte fremkommer av innledningen til kravspesifikasjonen punkt 4.2 "tildelingskriterier". Skanning er inkludert i punktet kvalitetsskjema.
- (36) Videre har klager blandet sammen skanning og utskriftstest. Skanning var et dokumentasjonskrav som hadde betydning for evalueringen med henvisning til pris- og kvalitetsskjemaet i vedlegg 2. For utskrifter fra PDF/A filer var det ikke et tilsvarende dokumentasjonskrav. Det var en egen linje som omhandler utskrift i pris- og kvalitetsskjema, og det var tatt med et punkt om utskriftstest fra minnepinne i utdyping av "kvalitet" i konkurransegrunnlaget punkt 4.2.2. Sistnevnte var av svært liten og begrenset betydning sammenlignet med skanningshastighet.
- (37) Underveis i prosessen ble det klart at resultatet av utskriftstest ville avhenge av hvilken type minnebrikke som benyttes, og det var ikke satt et slikt krav til type minnebrikke i konkurransegrunnlaget. Ingen av tilbyderne bidro til å oppdage dette forholdet før det var for sent å gjøre noe med det. Å gjennomføre testen etter at det ble oppdaget at alle måtte ha samme type minnebrikke, ville medføre en urettferdig måling.

Kravet til likebehandling

- (38) Det var ikke i strid med kravet til likebehandling å la være å opplyse om verdi på eksisterende maskinpark. I konkurransegrunnlaget var det oppgitt utløpsdato for leasingavtaler, og det var opplyst om muligheten til å skifte ut maskinene først når eksisterende leasingavtale var utgått. For en av kommunene var det slått fast at tilbyderne kunne sette inn egne, brukte maskiner for resten av avtaleperioden. Siden det var mulig å sette inn egne maskiner når restverdien på eksisterende maskiner var tilnærmet null, reduserte dette betydningen av restverdien. Det var dessuten fire leverandører inne med maskiner i eksisterende maskinparker, ikke bare én slik klager har fremstilt det, og ingen

av tilbyderne fikk opplyst restverdi. Klagers fremstilling bygger således på feil fakta. Det var gitt klare instruksjoner for evaluering av priselementer for prisskjemaet.

Kontraktens omfang

- (39) Det var tilstrekkelig opplyst i konkurransegrunnlaget hva avtalen skulle omfatte. I punkt 1.3 var det tatt inn en oversikt over samtlige maskiner som var omfattet og utløpsdato/-år for disse. For en av kommunene ble ikke dette oppgitt, da kommunen åpnet for opsjon og hadde et mindre antall maskiner, der eksisterende leverandør ikke var den samme som valgte leverandør. Det ble ikke stilt spørsmål til kontraktsomfanget før tilbudsfristens utløp.

Begrunnelsesplikten

- (40) Innklagede har gitt klager ytterligere begrunnelse på de punkter klager har etterspurt, herunder vekting og begrunnelse for evaluering. Slik innklagede forstod klagers forespørsel om ytterligere begrunnelse, gjaldt dette begrunnelse for evaluering. Klager har ikke spurt om begrunnelse for resultatet av evalueringen eller hva som skilte valgte leverandør og klager på dette punktet. Klager har heller ikke benyttet seg av muligheten til å etterspørre ytterligere utdyping av dette.

Kunngjøring av konkurranseresultater

- (41) Kunngjøring skjedde etter at klagen ble brakt inn for nemnda. Tildeling av kontrakt ble kunngjort 17. august 2012, som var fristen.

Klagenemndas vurdering:

- (42) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Hvorvidt dette gjelder vurderingen av alle klagers anførsler, kommer nemnda tilbake til nedenfor. Konkurransen gjelder hovedsakelig anskaffelse av prioriterte tjenester i kategori (7). Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt i kunngjøringen. Anskaffelsen er imidlertid kunngjort i EU-databasen TED, og det legges derfor til grunn at anskaffelsen, i tillegg til lov om offentlige anskaffelser, følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Endringer i konkurransegrunnlaget

- (43) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å gjøre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget på flere punkter før tilbudsfristens utløp.
- (44) Det følger av forskriften § 17-2 (1) at oppdragsgiver, innen tilbudsfristens utløp, har "*rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige*". Av bestemmelsens andre ledd følger det at endringene umiddelbart skal sendes til samtlige som har mottatt konkurransegrunnlaget.
- (45) Det første spørsmålet blir om innklagede har foretatt "*endringer*" av konkurransegrunnlaget.
- (46) Vedlegg 2 til konkurransegrunnlaget bestod av et pris- og kvalitetsskjema som tilbyderne skulle fylle ut. Der var det for maskiner i kategori 2 og 3 stilt opp et "*Minimumskrav*" om

at papirkapasiteten skulle være *"Min 4000"*. En tilbyder spurte før tilbudsfristen om *"oppdragsgiver [vil] vurdere å omgjøre kravet til kategoriene 2 og kategori 3?"*, se premiss (9) spørsmål 12 ovenfor. Spørsmål og svar ble publisert 22. mai 2012, og innklagede svarte følgende: *"oppdragsgiver gjør med dette om kravene til papirkapasitet i kategoriene 2 og 3: Kravene til papirkapasitet i kategori 2 og 3 senkes til 3000 ark."* Å redusere kravet til papirkapasitet var etter dette en endring.

- (47) I pris- og kvalitetsskjemaet var det for maskiner i kategori 4 satt opp som et *"Minimumskrav"* at maskinen kunne stifte hjørne og kant med *"Min 100 ark"*. Før tilbudsfristen stilte en tilbyder spørsmål om kravet om stift på 100 ark for maskiner i kategori 4 var *"et absolutt krav da dette vil medføre en stor ekstra kostnad ved å måtte oppgradere til en større maskin grunnet dette ene punktet?"*, se premiss (9), spørsmål 11. Til dette svarte innklagede at *"[d]et er herved ikke et absolutt krav, men kan trekke ned ved vekting."* Kravet til stiftekapasitet for kategori 4 er dermed endret, ved at manglende oppfyllelse ikke lenger ville føre til avvisning.
- (48) Videre var det i pris- og kvalitetsskjemaet for kategori 1 under punktet *"Priser tilleggsfunksjoner opsjon"* satt opp en liste med krav til etterbehandlingsfunksjoner, herunder stift, hull osv. En tilbyder bemerket i tilknytning til dette at de oppsatte kravene til etterbehandling i kategori 1 *"hindrer konkurransen ved at det er få eller om noen tilbydere som har mulighet til å levere en A4 modell med alle de ønskede etterbehandlingsmulighetene. Ber derfor om at oppdragsgiver vurderer at kategori 1 også skal håndtere papirformatet A3"*, se premiss (9) ovenfor, spørsmål 41. Til dette svarte oppdragsgiver at *"[t]illeggsfunksjonene sortering, hefte, stift og hull fjernes herved fra kategori 1"*. Å ta bort disse etterspurte funksjonene, er en endring av kravet til etterbehandling for maskiner i kategori 1.
- (49) Innklagede opplyste avslutningsvis i *"Spørsmål og svar"*-dokumentet av 22. mai 2012 at *"Duplex scan og faks fjernes fra kategori 1"*, uten at dette var etterspurte av tilbyderne. Det å fjerne disse etterspurte funksjonene vil etter klagenemndas mening utgjøre en endring av kravet til maskiner i kategori 1.
- (50) Innklagede har etter dette endret innholdet i konkurransegrunnlaget gjennom sine svar på spørsmål fra tilbydere. Det neste spørsmålet blir om endringene, enten hver for seg eller samlet, er *"vesentlige"* og derfor strider mot forskriften § 17-2 (1).
- (51) Innklagede har anført at de fleste endringene knytter seg til opsjoner og synes å ta dette til inntekt for at de var uvesentlige. Så vidt klagenemnda kan se, er det kun endringen i kategori 1 som gjaldt opsjon, se premiss (48) ovenfor. Slik konkurransegrunnlaget er utformet fremstår det som at leverandørene uansett måtte gi tilbud på alt oppdragsgiver ba om, også opsjonene, for ikke å risikere at tilbudet ble avvist, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.7 *"Besvarelse"* om at alle tjenester og produkter skal prises, og at opsjonene var inntatt i pris- og kvalitetsskjemaet. Det at én av endringene gjaldt en opsjon kan etter dette ikke i seg selv være tilstrekkelig til at endringen ikke var vesentlig.
- (52) Om en endring er vesentlig, avhenger av en konkret helhetsvurdering. Utgangspunktet er at endringene ikke må være av en slik karakter at de kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/242 premiss (44). Dette er et utslag av hensynet til forutberegnelighet og likebehandling, og av hensyn til leverandører som ut fra opplysningene i konkurransegrunnlaget ikke kan delta i konkurransen. I klagenemndas sak 2007/36 ble

endringen sett som vesentlig, da den *"medførte at flere leverandører hadde mulighet for å delta i konkurransen, og det således var hensynet til mer konkurranse som var motiverende for endringen"*. I saker der klagenemnda har vurdert om et tilbud inneholder et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen eller kontraktsvilkårene, legger nemnda til grunn at avvik fra minstekrav som den klare hovedregel er et vesentlig avvik, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/73 premiss (37).

- (53) Ved å redusere kravet til papirkapasitet og at en lavere stiftekapasitet enn etterspurt ikke lenger ville føre til avvisning, har innklagede lagt til grunn et mindre strengt krav til kapasitet enn det som fremgikk av kravspesifikasjonen. I spørsmål 11, gjengitt i premiss (9) ovenfor, påpeker tilbyder at det vil medføre store ekstrakostnader å måtte oppgradere til en større maskin for å tilfredsstille kravet til stiftekapasitet. Videre viser en annen tilbyder i spørsmål 12 til at krav om kapasitet på 4 000 ark i maskiner i kategoriene 2 og 3 vil medføre en merkostnad og endring sammenlignet med dagens praksis. I tillegg vises det i spørsmålene 14, 30 og 41 til at det er få, om noen, leverandører som kombinerer A4-maskinen i kategori 1 med etterbehandlingsfunksjonene stift, heft og hull som er satt opp i pris- og kvalitetsskjemaet, se premiss (9) ovenfor. Innklagede har altså sett det som nødvendig å nedjustere kravene på grunn av at de opprinnelige kravene som ble oppstilt i konkurransegrunnlaget ikke var vanlige i markedet og ville medføre merkostnader. Kravene som ble endret var opprinnelig betegnet som *"absolutte"* *"minimumskrav"*, jf. konkurransegrunnlaget punkt 4.1.2.
- (54) Det fremstår på denne bakgrunn som klart at endringene av minimumskravene har hatt betydning for pris og hvilke maskiner som kunne tilbys. Etter dette legger klagenemnda til grunn at de endrede kravene kan ha påvirket deltakelsen i konkurransen, ved å medføre at flere og/eller andre leverandører kunne ha hatt mulighet til å delta i konkurransen, og endringene må derfor anses som vesentlige. Innklagede har brutt forskriften § 17-2 (1) ved å endre konkurransegrunnlaget vesentlig før tilbudsfristens utløp.

Avlysningsplikt

- (55) For å avgjøre om klager har saklig klageinteresse i å få avgjort de øvrige anførselene, må klagenemnda ta stilling til om innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen på grunn av de vesentlige endringene i konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndeforskriften § 6 (2).
- (56) Spørsmålet om avlysningsplikt er ikke direkte regulert i verken loven eller forskrifter om offentlige anskaffelser. Basert på EU-domstolens avgjørelser i sakene T-345/03 premiss (147) og T-50/05 premiss (61-62), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61):

"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, m.a.o. avholdt leverandører fra å delta."

- (57) Forutsetningen for at det foreligger avlysningsplikt, er således at det er begått en feil ved gjennomføringen av konkurransen og at denne ikke kan rettes opp på annen måte enn ved avlysning og ny riktig kunngjøring.

- (58) Feilen i foreliggende sak var, som konstatert ovenfor, at innklagede har brutt forskriften § 17-2 (1) ved å endre konkurransegrunnlaget vesentlig før tilbudsfristens utløp. De vesentlige endringene innebar at innklagede reduserte ytelseskravene til multifunksjonsmaskinene. På dette grunnlaget legger klagenemnda til grunn at endringene kan ha åpnet for at flere tilbydere kunne delta i konkurransen. Dette kan ikke repareres på annen måte enn at konkurransen avlyses og kunngjøres på nytt slik at alle potensielle leverandører kan se hvilke krav som stilles, og basert på dette, avgjøre om de vil delta i konkurransen og levere inn tilbud. Innklagede hadde på denne bakgrunn plikt til å avlyse konkurransen.
- (59) Siden innklagede i dette tilfelle hadde en plikt til å avlyse konkurransen, mangler klager saklig interesse i å få avgjort sine øvrige anførsler. Disse avvises derfor fra behandling med hjemmel i klagenemndforskriften § 6 (2).

Konklusjon:

Kommunene Strand, Suldal, Forsand, Hjelmeland, Kvitsøy og Bjerkreim har brutt forskriften § 17-2 (1) ved å gjøre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl