



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om kjøp av barnehagemøbler. Klager anførte at valgte leverandør måtte avvises som følge av at det var tilbudt produkter som klager hadde enerett til å selge i Norge. Klagenemnda fant at valgte leverandørs tilbud ikke inneholdt avvisningspliktige forhold, men at innklagede, på bakgrunn av klagers opplysninger, ikke kunne legge til grunn at valgte leverandør ville levere de aktuelle produktene. Klagenemnda kom videre til at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet i loven § 5 ved ikke å gi relevante begrunnelser for sin håndtering av avvik i valgte leverandørs tilbud. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 18. februar 2013 i sak 2012/246

Klager: Uniqa AS

Innklaget: Kommunene Stavanger, Sandnes, Sola og Randaberg

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, tildelingsevaluering

Bakgrunn:

(1) Stavanger kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. januar 2012, på vegne av kommunene Stavanger, Sandnes, Sola og Randaberg, en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om kjøp av barnehagemøbler. Rammeavtalen skulle etter kunngjøringen punkt II.1.4 inngås med én leverandør, og hadde en varighet på 2 år med opsjon for ytterligere 1 + 1 år. Anskaffelsens verdi er i samme punkt angitt til å være kroner 17 000 000. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 6. mars 2012, men ble senere forlenget til 13. mars 2012.

(2) I kunngjøringen punkt II.1.5 var det gitt en *"Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang"*:

"Denne konkurransen gjelder anskaffelse av alle typer barnehagemøbler inklusiv møbler med multifunksjoner. Kontormøbler er ikke omfattet av denne konkurransen"

(3) I konkurransegrunnlaget punktene 2.6 og 2.7 var det opplyst at det ikke ville være anledning til å gi tilbud på alternative løsninger, eller på deler av oppdraget.

(4) Kravspesifikasjonen var inntatt i konkurransegrunnlaget punkt 5. Fra punkt 5.1 *"Om anskaffelsen"* hitsettes:

"Kravspesifikasjonen er de nærmere definerte krav som oppdragsgiver stiller til de varer som skal anskaffes. Dersom den tilbudte vare ikke tilfredsstiller enkelte av oppdragsgivers krav må dette presiseres i tilbudet jf pkt. 4.5 og pkt. 4.1. tilbudets

utforming. Avvikene skal være presise og entydige, og skal være beskrevet slik at oppdragsgiver kan vurdere avvikene uten kontakt med leverandør.

Denne konkurransen gjelder anskaffelse av møbler/inventar til barnehager inklusiv møbler med multifunksjoner. Konkurransen gjelder ikke kontormøbler.

Møbler/inventar med multifunksjoner skal bidra til lek, læring og utvikling både kognitivt og motorisk i tillegg til den praktiske funksjonen, noe som gir produktene både en kjernefunksjonalitet og tilleggsfunksjonalitet. Konkret betyr dette ofte at utformingen av møblene/inventarene har flere funksjoner: En romdeler kan for eksempel også tenkes brukt som tavle, bokhylle, oppbevaringshyller, billedskjerm, klatrevegg, klesstativ. Bord kan benyttes til å bygge sceneløsninger med mer. Møblene kan ha utforming som passer til ulike lærings- og lekesituasjoner for eksempel stasjonsundervisning, butikk, legekontor, buss, båt osv. Møbler/inventar med multifunksjoner blir også omtalt som pedagogiske møbler/inventar.

Anskaffelsen omfatter også innendørs lekeplasser, lekearenaer og bløte møbler. Møbler/inventaret må dekke behovene for barn i aldersgruppen 1-5 år og ansatte på en god måte.

Leverandør skal gi råd om hvilke type møbler/inventar som egner seg for den enkelte anskaffelse og eventuelt utarbeide møbleringsforslag uten kostnader for oppdragsgiver. Møblene skal leveres ferdig montert på anvist sted og emballasje skal tas i retur av leverandør."

- (5) Tildelingskriteriene var inntatt i konkurransegrunnlaget punkt 6. Herfra gjengis:

"Ved evaluering av tilbudene vil det, innenfor hvert kriterie, bli gitt en karakter fra 0 – 10. Et punkt som ikke besvares vil bli gitt 0 poeng.

For punkter som ikke er kvantitative vil vurderingen være basert på innkjøpsfaglig skjønn. Vurderingen utføres av konkurranseutvalget.

Tildelingskriterier		Vekt ing i %	Presisering	Dokumentasjon
1	Pris	40	Rabattsatsen skal angis med hele tall for eksempel 45 pst. Rabatten skal ikke gis i intervaller mellom hele tall. for eksempel 30-50 %	Leverandøren vurderes etter samlet pris på tilbudte produkter innført prisskjemaet. I prisskjemaet skal den rabattsatsen som leverandør tilbyr føres inn. Rabattsatsene skal angis i pst. og være i forhold til listepris som er offentlig tilgjengelig pr 15. januar 2012. Denne prislisen skal legges ved tilbudet. Rabattsatsene skal gjelde for alle produktene som leverandøren tilbyr i

				katalogen* sin for tilsvarende type møbler. Rabattsatsene blir ikke ytterligere brukt ved evaluering at tildelingskriterium 1. Pris
2	Møblenes design	30	A. Det skal være godt samspill mellom materialer og form, og mulighet til samordning av produkter til en mest mulig harmonisk helhet. B. Produktene skal oppfylle de funksjoner de er bestemt for, men også være sikre og lett anvendbare for brukeren C. Produktenes design skal ivareta enkelt og billig vedlikehold	Leverandøren bes opplyse hvordan tilbudet ivaretar oppdragsgivers behov på disse områdene. Jf pkt 5.1 De tre underkriteriene vil bli gitt lik vekt ved evalueringen. Skriftlig beskrivelse, med fotogjengivelse eller tegning av produkter som tilbys i prisskjema som viser produktenes utforming og dimensjoner. Framvisning av produkter i prisskjemaet vil ved behov kunne skje i oppdragsgivers nærområde. Andre produkter kan også ved behov bes framvist. Vurderingen vil bli foretatt av aktuelle fagpersoner (sivilarkitekt) som kommunene utpeker.
3	Møblenes kvalitet	20	Ved vurderingen vil det bli lagt vekt på valg av materialer og konstruksjon med tanke på produktenes holdbarhet. Garantitid utover den minste kontraktsfestede minste garantitiden på 5 år vil bli tillagt positiv vekt.	Framvisning av produkter i prisskjemaet vil ved behov kunne skje i oppdragsgivers nærområde. Andre produkter kan også ved behov bes framvist.
4	Valgmulighet ved møblering	10	Helhetsvurdering av dybden i vareutvalget innenfor visse produkter som er merket i prisskjemaet. bl.a. når det gjelder	Leverandør skal orientere om hvordan tilbudet ivaretar oppdragsgivers behov når det gjelder hensynet til mangfold ved møblering av forskjellige typer barnehager og hensynet til både barn og ansatte i

			antall og valgmuligheter i forhold til bruks- og innredningsmuligheter .	barnehagen. Dette gjelder både for både ordinære og multifunksjonelle møbler/inventar. Omtale med fotogjengivelse av produkter av tilbudte produkter som viser dimensjonene i 6.1 katalog*. Vurderingen vil bli gjennomført med basis i omtale fra leverandør for de produktene som er merket D i kolonne nr 2 fra venstre i prisskjemaet. Framvisning av produkter i den øvrige katalog* vil ved behov kunne skje i oppdragsgivers nærområde.
	Sum	100		

- (6) Kontraktsvilkårene var vedlagt konkurransegrunnlaget. Her fremgikk følgende i punkt 8.18 "Leveringsbetingelser":

"Leveringstid skal ikke overstige 5 virkedager på prioriterte varer (lagervarer).

Med prioriterte varer (lagervarer) menes de produkter som under normale omstendigheter alltid skal være på plass til neste kunde.

Leverandøren forplikter seg til å ha samtlige produkter angitt i prisskjemaet som prioriterte produkter (lagervarer)."

(...)

8.26.6 Erstatningsprodukter når leverandør ikke kan levere

Hvis en vare ikke kan leveres må bestiller få tilbakemelding om dette snarest. Leverandør skal da kunne tilby et tilsvarende produkt, men levering kan ikke skje før erstatningsproduktet er akseptert av bestiller hos Oppdragsgiver. Kvaliteten og pris skal være tilsvarende som for avtaleproduktet.

Hvis leverandør planlegger å fjerne et produkt eller endre typebetegnelse som omfattes av avtalen skal Oppdragsgiver få melding om dette umiddelbart. Før produktet fjernes av leverandør skal det erstattes med et tilsvarende produkt når det gjelder pris, kvalitet, størrelse og andre egenskaper og som Oppdragsgiver aksepterer som erstatning.

(...)

Det er ikke adgang til å overføre rettigheter eller plikter etter denne avtale til tredjemann uten skriftlig samtykke fra den annen part.

Leverandør plikter å sørge for at oppdragsgiver får de samme rettigheter overfor underleverandører eller andre som deltar i oppfyllelsen av leveranse iht. denne avtale,

og at disse blir pålagt de forpliktelser som fremgår av denne avtale, inkludert de dokumenter som er nevnt i denne avtale.

Leverandørens kontraktsansvar overfor oppdragsgiver endres ikke ved bruk av underleverandører."

- (7) I konkurransegrunnlaget vedlegg 4 var det inntatt et prisskjema. Her fremgikk det innledningsvis at "Volum gjelder en 4 avd barnehage og blir brukt som forholdstall ved prisevalueringen". I skjemaet hadde innklagede utfyllt "Type møbel", "Spesifikasjon", og "Volum i stk", og tilbyderne skulle blant annet fylle ut produsent, kataloghenvisning, listepriis, rabatt og tilbudspris. Fra skjemaet gjengis følgende:

	<i>"Type møbel"</i>	<i>Spesifikasjon</i>	<i>Volum i stk</i>
6.10	<i>Bygge og konstruksjonsbord</i>	<i>ca 900x900x550, lyst tre, med linoleumsflate på topp, opphøyede kantlister rundt bordkant, 4 hjul hvorav 2 med fullbrems, med ca 10 oppbevaringskasser</i>	4
6.11	<i>Lekebord med stoler</i>	<i>1 stk bord ca 600x600x500, 3 stk stoler med sittehøyde 30 cm, alt i lyst tre</i>	2
(...)	(...)	(...)	(...)
8.1	<i>Mobilt amfi / trappereol</i>	<i>ca 1000x750x700, lyst tre, tre trinn, 4 hjul med totalbrems</i>	8
(...)	(...)	(...)	(...)
9.4	<i>Balansebroer m/ veggstativ</i>	<i>Sett med min. 5 ulike broer, for bruk på gulv og i balansebukker, hver med lengde va 2200, lyst tre, inkl. lagringsstativ for vegg og to balansebukker</i>	2"

- (8) Innklagede har under saksforberedelsen for klagenemnda opplyst at produktene etterspurt i prisskjemaet punkt 9.4, "Balansebroer m/ veggstativ", utgjorde omtrent 6 % av anskaffelsens estimerte totale verdi.
- (9) Innen 27. februar 2012 var det åpnet for at leverandørene kunne sende inn spørsmål til konkurransegrunnlaget. Fra dokumentet "Spørsmål og informasjon – Konkurranse om levering av møbler til barnehager" gjengis følgende:

<i>"Spørsmål/problemstilling"</i>	<i>Svar/Tilleggsinformasjon</i>
(...)	(...)

<i>Punkt 9.4 i prisskjema</i> <i>Balansebroer m/veggstativ.</i> <i>Hvilken leverandør har dere funnet dette hos?</i> <i>Eller er det mulig å få et bilde av etterspurt produkt?</i>	<i>Spesifikasjonen for dette produktet er utformet etter det behovet som oppdragsgiver har. Vi mener at det kan være flere leverandører i markedet som kan levere etter disse spesifikasjonene. Vi kan ikke se at et bilde vil gi relevant tilleggsinformasjon, men vil prøve å beskrive produktet ytterligere i teksten under.</i> <u>Spesifikasjonen på produktet 9.4 i prisskjema:</u> <i>Balansebroer:</i> <i>Sett med min. 5 ulike broer for bruk på gulv og i balansebukker. hver med lengde ca 2200, lyst tre, inkl. lagringsstativ for vegg og to balansebukker</i> <i>Dette betyr:</i> <i>Fleksibelt sett (balansebroer/bukker) som stimulerer til balansetrening på og over gulvet horisontalt og på skrått. Broene skal ha ulik utforming som gir ulike utfordringer.</i> <i>Balansesettet skal leveres med et rasjonelt oppbevaringssystem for vegg."</i>
(...)	(...)
<i>Post 9.4 - i prisskjema</i> <i>Balansebroer m/veggstativ: Igjen et sett med div. produkter som kun en leverandør XXXX har. Når det beskrives så nøyaktig blir det vanskelig for andre leverandører å finne fullgode alternativer.</i>	[samme svar som ovenfor]
<i>Ber derfor om at det tas en gjennomgang av noen av produktene slik at det ikke blir så spesifikt mot en leverandørs produkter men gir mer rom for alternative løsninger</i>	<i>Med disse justeringene som nå er foretatt over mener vi at dette hensyn er ivarettatt."</i>

- (10) Innklagede mottok tilbud fra 6 tilbydere innen tilbudsfristen, herunder fra Magnar Eikeland AS (heretter kalt valgte leverandør), Uniqa AS (heretter også kalt klager) og Kinnarps AS.

- (11) Valgte leverandør hadde i prisskjemaet punkt 9.4, som gjaldt balansebroer, satt opp Uniqa som produsent. Etter det opplyste tilbød også Kinnarps AS produktet fra Uniqa ved dette punkt. De øvrige tilbyderne hadde tilbudt andre produkter ved dette punktet.
- (12) I tilbudet fra valgte leverandør, under *"Produkter til framvisning"*, fremgikk følgende vedrørende angjeldende produkt:

"Forespurt/beskrevet produkt "BALANSEBROER" er et spesifikt Uniqa produkt.

Selv ved intens leting klarte vi ikke å finne et "tilsvarende" produkt som tilfredsstiller kravspesifikasjonen.

Vi har derfor valgt å tilby Uniqa sine balansebroer til full pris.

Dette produktet vil ikke bli vist hos oss den 13.6., men produktet kan sees hos Uniqa."

- (13) Fra valgte leverandørs prisskjema hitsettes følgende utdrag fra besvarelsen:

	<i>"Type møbel</i>	<i>Produktinformasjon (utfylt av Magnar Eikeland)</i>
6.10	<i>Bygge og konstruksjonsbord</i>	<i>(...) Leveres med høytrykkslaminat på overflaten som standard, men støydempende Tabiflex kan også leveres.</i>
6.11	<i>Lekebord med stoler</i>	<i>(...) Hertil leveres 3 taburetter i bjørkefiner, heltre ben. (...)</i>
(...)	(...)	(...)
8.1	<i>Mobilt amfi / trappereol</i>	<i>(...) [fremgår av vedlagt bilde at disse har to trinn]"</i>

- (14) Tilbyderen Kinnarps AS valgte å trekke sitt tilbud ved brev av 25. mai 2012. Som årsak for dette var det i brevet oppgitt *"kravene som blir stilt/beskrevet i forbindelse med prøvemøbleringen"*. Også en annen tilbyder, Aba Skol, trakk sitt tilbud fra konkurransen.
- (15) Tildelingsbeslutningen ble meddelt tilbyderne ved brev av 10. oktober 2012. Herfra gjengis:

"SAMLET VURDERING AV ALLE TILDELINGSKRITERIENE:

	<i>Vekt</i>	<i>40</i>	<i>30</i>	<i>20</i>	<i>10</i>	<i>100</i>
<i>Tildelingskriterier</i>	<i>Leverandør</i>	<i>Pris</i>	<i>Design</i>	<i>Kvalitet</i>	<i>Valgmuligheter</i>	<i>Totalt</i>
<i>1</i>	<i>Magnar Eikeland</i>	<i>34,06</i>	<i>24,34</i>	<i>20,00</i>	<i>10</i>	<i>88,40</i>

2	<i>Uniqa</i>	28,23	30	18,40	10	86,63
3	<i>Tre og Stål</i>	37,93	23,31	16,27	5	82,51
4	<i>Lekolar</i>	40,00	15,94	11,65	10	77,59

Magnar Eikeland er vinner av konkurransen med totalt 88,40 poeng og Uniqa blir nr. 2 med 86,63 poeng.

- (16) Det ble også utarbeidet et evalueringsskjema fra brukerutvalget som evaluerte tilbyderens fremviste produkter. Fra evalueringen av valgte leverandørs demonstrerte produkter hitsettes følgende utdrag:

	<i>Produkter til framvisning</i>	<i>Tildelingskriterium nr. 2 Møblenes design. Karakter 0-10. 10 er best</i>	<i>Tildelingskriterium nr. 3 Møblenes kvalitet. Karakter 0-10. 10 er best</i>
6.10	<i>Bygge- og konstruksjonsbord</i>	8 <i>Trekk for: Ikke kant for å sitte inntil å leke. Tunge skuffer</i>	10
8.1	<i>Mobilt amfi/trappereol</i>	10	10
9.4	<i>Balansebroer m/veggstativ</i>	10	10

- (17) Klager, som hadde tilbudt det samme produktet ved punkt 9.4, fikk her samme poenguttelling av brukerutvalget. For de øvrige to tilbyderne er evalueringspunktet kun usladdet for én av disse. De tilbudte balansebroene fikk her henholdsvis 2 og 5 poeng under de to tildelingskriteriene, med begrunnelsene " *For korte, og lave, kjedelig design og lite anvendelige*", og " *Ustabile, for korte broer, kan ikke lages på skrå*".
- (18) Klager fremmet innsigelser over tildelingsbeslutningen 16. oktober 2012, og fremholdt blant annet at valgte leverandør hadde tilbudt balansebroer som denne ikke hadde rett til å selge. Klager vedla følgende erklæring fra produsenten av balansebroene:

"We hereby certify that the company

UNIQA A/S

Welhavens vei 15,

N-4319 Sandnes

is our sole authorized distributor for the country of Norway. They have the exclusive right to distribute the high quality nursery and Kindergarten furniture and equipment

produced by HABA, among others the balance board system including article numbers 111813-N and 111833-N as shown on page 156 in UNIQA's catalogue dated 2011.

No other company is authorized to offer our products or will be able to order from us for the territory of Norway."

- (19) Innklagede kontaktet på bakgrunn av dette valgte leverandør ved e-post 17. oktober 2012, og ba om bekreftelse eller dokumentasjon på at valgte leverandør *"har rett til å tilby og selge dette og andre produkter fra denne leverandøren i Norge"*. Fra valgte leverandørs svar samme dag gjengis følgende:

"Magnar Eikeland AS har, som tidligere opplyst både ved visning og i tilbud, ikke leverandørkontrakt med HABA Habermaaz GmbH.

Tilbudet, hva gjelder post 9.4. er tenkt gjennomført ved at Magnar Eikeland AS videreformidler bestilling på denne varen til Uniqa AS. E-post fra Torstein Hagen angjeldende dette følger vedlagt."

- (20) I den vedlagte e-posten fra klager til valgte leverandør, sendt på bakgrunn av valgte leverandørs prisforespørsel på det aktuelle produktet, fremgikk følgende:

"Takk for din forespørsel

Vi driver ikke salg til mellomledd for videresalg, men bare direkte til sluttkunder.

Derfor kan vi dessverre ikke hjelpe deg med din forespørsel, men hvis du sendes oss navn og kontaktinformasjon, kan vi tilby deg en henvisningsprovisjon for ordren.

Så kan vi ta det direkte med kunden som forespør dette."

- (21) I den etterfølgende korrespondansen mellom partene, skrev innklagede i tilsvaret av 27. november 2012, at *"det har vært og er uklart hvilke muligheter og rett Magnar Eikeland har til å selge dette spesielle produktet fra HABA"*. Fra brevet hitsettes også:

"Kommunene ser likevel at det knytter seg utfordringer til dette spesielle produktet og ønsker derfor å komme Uniqa i møte ved å trekke produktet ut av konkurransen. Produktet vurderes som mindre vesentlig i konkurransen både i antall og økonomisk verdi målt mot den samlede kontraktsverdien.

Samtlige leverandørers tilbud har derfor blitt evaluert på nytt uten produkt 9.4 balansebroer. Den nye evalueringen viser følgende poengttall:

(...)

Som vi ser av de nye tallene, etter at produkt 9.4 er trukket ut av konkurransen, har Magnar Eikeland styrket sin posisjon ved å oppnå en relativt bedre poengsum i forhold til de andre leverandørene og har dermed bedret sin totale poengscore."

- (22) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved klage 19. desember 2012. Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse utsettes i påvente av klagenemndas avgjørelse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av tilbud

- (23) Innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen. Valgte leverandør kan ikke levere balansebroene som ble tilbudt i prisskjemaet punkt 9.4. Det er kun klager som har rett til å selge dette produktet i Norge.
- (24) Konkurranses grunnlaget forutsatte at tilbyderne kunne levere samtlige av produktene som var etterspurt. Dersom det tillates avvik fra dette kravet vil det være umulig å sammenligne tilbud i en konkurranse. Det fremgikk både av kunngjøringen og konkurransedokumentene at det bare skulle inngås avtale med én leverandør, og avtalen skulle gjelde for alle barnehagemøbler. Det var ikke anledning til å inngi deltilbud eller alternative tilbud i konkurransen. I kontraktbestemmelsene vedlagt konkurranses grunnlaget fremgikk det at leverandøren måtte forplikte seg til å ha samtlige produkter angitt i prisskjemaet som prioriterte produkter (lagervarer). Tilbyderen Kinnarps trakk seg sågar fra konkurransen da de ikke kunne tilby alle møblene i prisskjemaet. I sitt tilbud hadde Kinnarps tilbudt balansebroene fra klager, men etter at klager avviste et salg av balansebroer til Kinnarps ble tilbudet trukket. Dette viser at levering av det angjeldende møbelet har hatt direkte virkning for konkurransesituasjonen.
- (25) Valgte leverandør opplyste i sitt tilbud at han tilbød et "*spesifikt Uniqa produkt*". Dette viser for øvrig at også klager har forstått konkurransen slik at det måtte innleveres tilbud på samtlige produkter. Klager gjorde innklagede oppmerksom på at valgte leverandør ikke hadde rett til å selge dette produktet. Innklagede synes å erkjenne at valgte leverandør ikke kan levere de aktuelle produktene, ved at tildelingsevalueringen er annullert, og produktene er utelatt i den etterfølgende evalueringen.
- (26) Valgte leverandørs tilbud inneholder på denne bakgrunn et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen, og innklagede hadde plikt til å avvise det.

Annullering og ny beslutning

- (27) Innklagedes etterfølgende tildelingsevaluering, uten de omtvistede balansebroene, er i strid med regelverket. Det er verken anledning til å ta ut produkter fra evalueringen som konkurranses grunnlaget forutsatte at skulle leveres, eller å endre sitt innkjøpsfaglige skjønn etter tildelingen. Når det gjelder kravet om å levere samtlige av de etterspurte produktene vises det til argumentasjonen ovenfor.

Ulovlig tildelingsevaluering/Andre avvik

- (28) Tildelingsevalueringen er i strid med kravet til likebehandling og forutberegnelighet. Det vises til at valgte leverandørs tilbud inneholder flere avvik fra kravspesifikasjonen, som innklagede ikke har tatt hensyn til.
- (29) I prisskjemaet punkt 6.10 skulle det gis tilbud på bygge- og konstruksjonsbord. Etter spesifikasjonen skulle dette leveres med linoleumsflate på topp. Valgte leverandør har tilbudt et bord med laminatflate. Innklagede har opplyst at de har valgt å akseptere

dette. Oppdragsgiver har ikke skjønnsfrihet til å velge om avvik fra spesifikasjonene skal få betydning for evalueringen eller ikke.

- (30) I prisskjemaet punkt 6.11 var det etterspurt lekebord med stoler. Valgte leverandør har ved dette punkt tilbudt krakker. På samme måte som ovenfor har innklagede valgt å se bort fra dette i evalueringen. Det anføres at avviket er så vesentlig at det i seg selv må danne grunnlag for avvisning av valgte leverandørs tilbud.
- (31) Valgte leverandørs tilbud avviker også fra beskrivelsen i prisskjemaet punkt 8.1 mobilt amfi/trappereol. Valgte leverandør har her tilbudt to trinn, og ikke tre trinn som kommunen har spesifisert. Dette gjør også tilbudet billigere, og burde ha fått konsekvenser ved vurderingen.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av tilbud

- (32) Innklagede bestrider at det var plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud. Valgte leverandørs tilbud inneholdt ikke forbehold eller uklarheter, og innklagede kunne forsvarlig legge til grunn at leverandøren hadde rett til å selge balansebroene. Eventuell manglende etterlevelse av tilbudet må håndteres under avtalen. Spørsmålene som har oppstått rundt salgsrettighetene er av privatrettslig karakter, og angår ikke innklagede. Etter forespørsel fra innklagede har også klager fastholdt at klager vil levere i henhold til tilbudet.

Annullering og ny beslutning

- (33) Innklagede hadde rett til å utelate balansebroene fra evalueringen, og har ikke ved dette endret sin skjønnsutøvelse. Innklagede annullerte den første tildelingsbeslutningen, ettersom prisskjemaet punkt 9.4 om balansebroer var av en slik karakter at det oppstod problemer med å foreta en objektiv sammenligning av tilbudene. For å rette dette ble produktet trukket ut av den etterfølgende evalueringen. Dette representerte ikke en endring i skjønnsutøvelsen, men en korrigering av prisskjemaet slik at konkurransen ble mer i tråd med prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet. Innklagede har beregnet verdien av balansebroene til å utgjøre ca. 6 % av anskaffelsens verdi, og derfor som en mindre vesentlig del av de totale tilbudene. Utelatelsen av produktet i den etterfølgende vurderingen medførte at valgte leverandør oppnådde en relativt sett bedre poengsum. Rettingen førte ikke til andre endringer i rangeringen av tilbydere.

Ulovlig tildelingsevaluering

- (34) Selv om innklagede hadde angitt en rekke spesifikasjoner for produktene i prisskjemaet, ble det også presisert at det kunne avvikes fra disse.
- (35) De mindre avvikene i valgte leverandørs tilbud må forstås på bakgrunn av de vide rammene innklagede hadde gitt for produktenes utforming og karakter. Alle tilbudene viste seg også å inneholde avvik fra innklagedes spesifikasjon i prisskjemaet. Brukerutvalget, som foretok evalueringen av de tilbudte møblene, kom etter en samlet vurdering til at ingen av tilbudene hadde så store avvik at det førte til avvisning.

- (36) Når det gjelder valgte leverandørs tilbudte bygge- og konstruksjonsbord har dette fått trekk fordi det manglet kant som barna skal sitte inntil, og at skuffene var for tunge. Bordets overflate ble ikke vurdert til å medføre trekk under vurderingen.
- (37) Innklagede aksepterte også at valgte leverandør tilbød krakker i stedet for stoler. Krakkene ligger innenfor det som er vanlig i segmentet. Det er ikke uvanlig at små barn sitter på krakker når de skal leke ved et lavt bord. Produktet er ikke billigere enn konkurrentenes produkter. Produktet ble ikke plukket ut for demonstrasjon, og er derfor ikke vurdert i tildelingsevalueringen.
- (38) Valgte leverandørs tilbudte amfi er en del av en større gruppering av forskjellige moduler som valgte leverandør kan tilby, og oppdragsgiver har på bakgrunn av presentasjonen og produktkatalogen, lagt til grunn at amfiet kan bygges og konstrueres slik kommunen har angitt. Produktet tilfredsstiller således kravene i prisskjemaet.

Klagenemndas vurdering:

- (39) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale om kjøp av barnehagemøbler, og er en vareanskaffelse. Rammeavtalen skulle etter kunngjøringen punkt II.1.4 inngås med én leverandør, og hadde en varighet på 2 år med opsjon for ytterligere 1 + 1 år. Anskaffelsens verdi er i samme punkt angitt til å være kroner 17 000 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av tilbud

- (40) Klager har anført at innklagede har plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, fordi valgte leverandør ikke kan levere de tilbudte balansebroene.
- (41) Valgte leverandør oppga i tilbudet at det var klagers balansebro som ble tilbudt. Klager har imidlertid ikke gitt tilsagn om salg til valgte leverandør, og har opplyst at de ikke vil selge til andre enn sluttbrukere. Klager er den eneste autoriserte norske leverandøren av balansebroen. Den muligheten som er forespeilet av valgte leverandør for at produktet likevel skal kunne leveres, er at produktet selges av klager etter at valgte leverandør videreformidler innklagedes kontaktinformasjon.
- (42) Reglene om avvisning på grunn av forhold ved tilbudet er inntatt i forskriften § 20-13. Oppdragsgivers avvisningsplikt er regulert i § 20-13 (1), og gjelder blant annet tilbud som inneholder vesentlige avvik, vesentlige forbehold, eller uklarheter og lignende som kan medføre relativ bedømmelsestil.
- (43) Valgte leverandørs tilbud inneholder verken forbehold, avvik eller uklarheter når det gjelder balansebroene. Klagenemnda har lagt til grunn at avvisningsreglene grunnet forhold ved tilbudet kun relaterer seg til tilbudet som sådant, jf. sak 2011/79 premiss (34). Reglene om avvisningsplikt i forskriften § 20-13 (1) er dermed ikke aktuelle her. Klagenemnda har også lagt til grunn at oppdragsgiver må kunne stole på de opplysninger som følger av leverandørenes tilbud, og at det ikke foreligger noen plikt for oppdragsgiver til å kontrollere disse opplysningene, med mindre det foreligger forhold eller opplysninger som gir spesiell foranledning for kontroll, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/270. I utgangspunktet vil innklagedes interesser i slike tilfeller

være beskyttet av reglene om kontraktsbrudd, og de øvrige tilbydernes interesser gjennom forbudet mot vesentlige endringer – som også vil kunne omfatte unnlatt oppfølging av kontrakten, jf. samme sak.

- (44) På tidspunktet for tilbudsevalueringen forelå det ikke forhold ved valgte leverandørs tilbud som kunne medføre avvisning. Etter opplysningene om at klager ikke ville selge til valgte leverandør, sammenholdt med opplysningene i valgte leverandørs tilbud om at balansebroene ville anskaffes fra klager, oppstod det imidlertid en situasjon der det ble usikkert om valgte leverandør kunne levere i henhold til tilbudet. Spørsmålet er om innklagede på bakgrunn av dette hadde plikt til å avvise valgte leverandør.
- (45) Innklagedes situasjon kan i prinsippet tenkes håndtert på flere måter. For det første kan de fakultative avvisningsreglene være aktuelle i tilfeller hvor det ikke kan konstateres avvik, forbehold eller lignende, men hvor det likevel er usikkert hvorvidt leverandøren faktisk vil levere i henhold til sine forpliktelser. Forholdet i foreliggende sak er i så måte nærmest å vurdere etter forskriften § 20-12 (2) bokstav g, hvorefter oppdragsgiver kan avvise en leverandør som har gitt feilaktige opplysninger. Avvisningsrett kan også tenkes på grunnlag av antasert mislighold. Klagenemnda har tidligere holdt dette spørsmålet åpent, jf. sak 2006/66 premiss (44), men da knyttet nettopp til oppdragsgivers rett, og ikke plikt, til å avvise.
- (46) Innklagede har imidlertid ikke avvist valgte leverandør, men håndtert situasjonen ved å annullere tildelingsbeslutningen. Dette ble begrunnet med at det forelå en feil ved den første evalueringen, i form av at prisskjemaet punkt 9.4 var av en slik karakter at det oppstod problemer med å foreta en objektiv sammenligning av tilbudene.
- (47) Innklagede har ved annulleringen, og den etterfølgende utelatelsen av balansebroene i den nye evalueringen, i realiteten foretatt en endring av konkurransegrunnlaget. Forskriften § 22-3 (5) hjemler ikke en slik retting. Endringen av konkurransegrunnlaget kan heller ikke aksepteres som en delvis avlysning av konkurransen, jf. klagenemndas sak 2010/236 premiss (33) flg. Den relative verdien av balansebroene, 6 %, er ikke ubetydelig, og en delvis avlysning vil innebære at klager ikke får relevant uttelling for sitt tilbud i tildelingsevalueringen, sammenlignet med valgte leverandør. Som det fremgår av premiss (15) ovenfor, er poengforskjellen mellom klager og valgte leverandør marginal. Det er også mulig at manglende evne til å levere balansebroene har påvirket potensielle tilbydernes deltakelse i konkurransen. En eventuell avtale om ikke å gjøre avrop på de aktuelle produktene, eller annen utelatelse av disse fra kontrakten, vil under samme betraktning være ulovlig, jf. også forbudet mot vesentlige endringer.
- (48) Etter å ha blitt kjent med klagers distribusjonsavtale med produsenten av balansebroene, ba innklagede om en bekreftelse fra valgte leverandør på at han hadde rett til å selge de aktuelle produktene. Valgte leverandør svarte avkreftende, og opplyste at tilbudet på dette punkt var tenkt gjennomført ved at valgte leverandør videreformidlet bestilling på denne varen til klager. En slik løsning innebærer i realiteten at de aktuelle produktene utelates fra kontrakten, jf. ovenfor, ved å forutsette at klager er innklagedes kontraktspart for det aktuelle produktet.
- (49) Innklagede må på denne bakgrunn anses å ha adgang til å avvise valgte leverandør. De fakultative avvisningsbestemmelsene kan også etter omstendighetene forstås slik at de medfører plikt for oppdragsgiver til å avvise en leverandør. I klagenemndas sak 2011/79

premiss (38) ble det uttalt at terskelen for å konstatere en plikt til avvisning i slike tilfeller må *"være høy, skjønnsutøvelsen ved unnlatt avvisning må være uforsvarlig, eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5"*.

- (50) Ut fra opplysningene som foreligger vil det ikke være forsvarlig av innklagede å legge til grunn at valgte leverandør kan levere de tilbudte balansebroene. Dersom valgte leverandør ikke leverer balansebroene, er de øvrige tilbydernes interesser heller ikke ivaretatt gjennom kontraktsbruddsreglene. En nærliggende måte å følge opp dette kontraktsbruddet på, vil være å foreta dekningskjøp hos klager. I praksis medfører dette det samme som en delvis avlysning av konkurransen. I denne spesielle situasjonen vil det være i strid med kravet til likebehandling i loven § 5 å inngå kontrakt med klager.
- (51) Slik saken står, kan imidlertid ikke nemnda utelukke at valgte leverandør kan godtgjøre at balansebroene vil leveres, men på en annen måte enn det som til nå er forespeilet. Valgte leverandør står i foreliggende tilfelle fritt til å bytte underleverandør, da det kun er produktet, ikke underleverandøren, som har vært av interesse for innklagede. Selv om klager har en eneleverandøravtale på det aktuelle produktet, er ikke valgte leverandør i prinsippet forhindret fra å skaffe produktet på annen måte. Men dersom valgte leverandør ikke gir informasjon som viser at de vil kunne levere de aktuelle balansebroene, har innklagede så vidt klagenemnda kan se kun to valg. Enten må valgte leverandør avvises, eller så må konkurransen avlyses. Hensett til at innklagede fortsatt har valgmuligheter finner klagenemnda, på det nåværende tidspunkt, ikke grunn til å konkludere med at valgte leverandør må avvises.

Ulovlig tildelingsevaluering/andre avvik

- (52) Klager har også anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å ta hensyn til at valgte leverandørs produkter ikke oppfyller kravspesifikasjonen.
- (53) Klager har for det første vist til at valgte leverandør i prisskjemaet punkt 6.11 *"Lekebord med stoler"* har tilbudt krakker i stedet for stoler. Det anføres at dette i seg selv utgjør et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen, og må medføre plikt til å avvise tilbudet.
- (54) Det var angitt 47 ulike produkter i prisskjemaet, og de estimerte volumene for hvert av produktene varierte fra 1 til 80. De etterspurte stolene utgjør kun en del av ett produkt, der det estimerte volumet var 2. Spesifikasjonene i prisskjemaet kunne ikke forstås på den måten at alle avvik ville medføre avvisning, og det foreligger heller ikke andre holdepunkter for at manglende stolrygg skulle utgjøre et vesentlig avvik. Innklagede hadde dermed ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at det var tilbudt lekebord med krakker i stedet for stoler.
- (55) I tillegg til avviket vurdert ovenfor har klager vist til at valgte leverandør tilbød et bygge- og konstruksjonsbord med laminatflate i prisskjemaet punkt 6.10, når det var etterspurt linoleumsflate. I tillegg vises det til at valgte leverandør har tilbudt trappeamfier med to trinn, og ikke tre trinn som kommunen har spesifisert i prisskjemaet punkt 8.1. Klager anfører at det er i strid med regelverket at disse avvikene ikke har blitt hensyntatt av innklagede.
- (56) Når det foreligger et avvik fra konkurransegrunnlaget har oppdragsgiver en plikt til å adressere dette. Innklagede har vurdert de nevnte avvikene til ikke å ha betydning. Det

vises til at det var gitt vide rammer for produktenes utforming og karakter, og at brukergruppen har foretatt helhetsvurderinger av de tilbudte møblene i tildelingsevalueringen. Det er videre vist til at alle tilbudene inneholdt større eller mindre avvik fra innklagedes spesifisering i prisskjemaet.

- (57) De etterspurte møblene i prisskjemaet var forholdsvis detaljert spesifisert. Innklagede kan ikke forholde seg fritt til disse spesifiseringene ved evalueringen av tilbudene. Innklagede har ikke gitt relevante begrunnelser for hvorfor det er valgt å se bort fra spesifiseringene når det gjelder avvikene i valgte leverandørs tilbud. Klagenemnda prøver som nevnt i begrenset grad innklagedes innkjøpsfaglig skjønn, og dermed heller ikke hvorvidt valgte leverandørs poenguttelling ved de nevnte produktene er riktig. All den tid innklagede ikke har gitt en relevant begrunnelse for de vurderinger som er gjort, utgjør dette imidlertid et brudd på kravet til etterprøvbarhet i loven § 5.

Konklusjon:

Stavanger kommune har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 5 ved ikke å gi relevante begrunnelser for håndteringen av avvik i valgte leverandørs tilbud.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

Bergen, 18. februar 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven