



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for anskaffelse av kontorrekvisita, fritt skolemateriell og kopipapir. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget og dokumentet med spørsmål og svar.

Klagenemndas avgjørelse 30. september 2014 i sak 2013/68

Klager: Staples Norway AS

Innklaget: BTV Innkjøp

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: Begrunnelse, kravene til forutberegnelighet og likebehandling, uklar kravspesifikasjon

Bakgrunn:

- (1) Innkjøpssamarbeidet i Buskerud, Telemark og Vestfold fylkeskommune (BTV Innkjøp) (heretter innklagede) kunngjorde 13. februar 2013 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for anskaffelse av kontorrekvisita, fritt skolemateriell og kopipapir. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til 64 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 9. april 2013.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.4.1 fremgikk det at tildeling av kontrakt ville skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. Videre fremgikk det at tildelingskriteriene i Del 2b skulle legges til grunn ved evalueringen.
- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon punkt 2.1 under overskriften "papp, kartong, papir" at "[a]lle papp-, kartong- og papirprodukter skal være miljømerket, eller ha 3. parts dokumentasjon på at de tilfredsstiller tilsvarende kriterier, der slike er utarbeidet."
- (4) I konkurransegrunnlagets del 2b var det oppstilt to tildelingskriterier; "priser og kostnader" (70 %) og "produktkvalitet" (30 %). Om tildelingskriteriet produktkvalitet fremgikk følgende:

"Tilbyder skal besvare spørsmål i de svarboksene som oppdragsgiver har opprettet. Besvarelser som kun henviser til vedlegg vil bli gitt karakteren null. I den grad det benyttes vedlegg skal dette være henvisninger til figurer, tabeller, CVer, oppstillinger, tegninger eller lignende informasjon som ikke lar seg godt beskrive med tekst.

Oppdragsgiver vil under dette tildelingskriteriet vurdere kvaliteten på de tilbudte produkter. Oppdragsgiver kan ønske å utprøve varer i evalueringen. Tilbyder må kunne levere vareprøver i løpet av 5 arbeidsdager.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

[..]"

- (5) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et prisskjema som tilbyderne skulle fylle ut. Tilbyderne skulle svare på følgende poster: tilbyders betegnelse, tilbyders varenummer, pris pr. enhet, sum, miljømerking, link til beskrivelse og bilde av varen. Videre hadde innklagede oppgitt antall på hvert produkt.
- (6) I dokument med spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget, fremgikk det at det var stilt følgende spørsmål 21. mars 2013: *"viser til konkurransegrunnlagets punkt 3.2 hvor Oppdragsgiver beskriver evaluering av produktkvalitet. Vil volum/antall hensyntas når en helhetsvurdering av kvalitet skal evalueres, eller vil hver varelinje telle like mye i evalueringen?"*. Til dette svarte innklagede at *"Volum og verdi vil bli tatt hensyn til ved en totalvurdering"*.
- (7) Fra samme dokument refereres ytterligere ett spørsmål som ble stilt:

"Alle papp-, kartong- og papirprodukter skal i all vesentlighet være miljømerket, eller ha 3. parts dokumentasjon på at de tilfredsstiller tilsvarende kriterier. Dersom slik dokumentasjon ikke er utarbeidet for enkelte produkter, slik som sammensatte produkter bestående av mer enn papir, skal det på annen måte dokumenteres at produktet er produsert miljøvennlig. Vi oppfatter kravet som svært utydelig og stiller oss spørrende til hvordan tilbyder kan være sikker på at kravet er tilfredsstilt i sitt tilbud.

a) Vi ber oppdragsgiver definere hva som vil tilfredsstille kravet om at produktet er produsert miljøvennlig."

- (8) Innklagede svarte følgende på dette 9. april 2013:

"Vi viser til følgende svar fra BTV Innkjøp av 2. april 2013 kl. 14.45:

"På bakgrunn av innkomne spørsmål er punktet Papp, kartong og papir" i kravspesifikasjonen endret.

Ny tekst er:

"Papp, kartong, papir

Alle papp-, kartong- og papirprodukter skal i all vesentlighet være miljømerket, eller ha 3. parts dokumentasjon på at de tilfredsstiller tilsvarende kriterier. Dersom slik dokumentasjon ikke er utarbeidet for enkelte produkter, slik som sammensatte produkter bestående av mer enn papir, skal det på annen måte kunne dokumenteres at produktet er produsert miljøvennlig. Alle papp-, kartong- og papirprodukter skal helt eller delvis være produsert av returfiber. Drikkekartongfiber er å foretrekke. Miljømerking eller henvisning til dokumentasjon skal oppgis i kolonne H i prisskjemaet."

Kravet om miljømerking eller 3. parts dokumentasjon gjelder alle produkter som kun består av papp, kartong og papir. Vi er imidlertid gjort oppmerksom på at sammensatte produkter som består av mer enn papir, f.eks papir og skinn, ikke kan oppnå miljømerking. Når det gjelder slike sammensatte produkter er kravet altså at det på annen måte kan dokumenteres at produktet er produsert miljøvennlig."

- (9) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristens utløp 9. april 2013, herunder ett fra Maske Gruppen AS (heretter valgte leverandør) og to fra Staples Norway AS (heretter klager).
- (10) Innklagede sendte et brev til klager 22. mai 2013, der det ble opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Som begrunnelse for dette fremgikk følgende:

"Priser og kostander (Vekt 70 %)

Poengene for priser og kostnader er satt ut fra en forholdsmessig prisforskjell omregnet i prosentpoeng i forhold til laveste tilbud. Laveste tilbud er gitt karakteren 100.

Deres tilbud fikk 43 poeng (tilbud 1) og 50 poeng (tilbud 2), mens vinneres tilbud fikk 100 poeng.

Kvalitet (Vekt 30 %)

Ut fra oppdragsgivers skjønn er både vinneres tilbud og begge deres tilbud gitt 100 poeng. Begrunnelsen til dette er at kvaliteten vurderes som like god."

- (11) I brev til innklagede 24. mai 2013ba klager om en bedre begrunnelse for valget av leverandør. Innklagede svarte 28. mai 2013, og ga en mer omfattende begrunnelse for valget av leverandør.
- (12) Klager sendte 1. juni 2013 en klage på tildelingsbeslutningen. Klager anførte at det var gitt en mangelfull begrunnelse, mangelfullt innsyn og at innklagedes evaluering av de innkomne tilbudene var vilkårlig. Innklagede tok ikke klagen til følge. Av innklagedes svar fremgikk det at: *"Det er kun det enkelte produktets kvalitet som er vektlagt under tildelingskriteriet "Kvalitet". Vi har ikke tatt hensyn til ulikt volum for ulike typer produkter"*.
- (13) Klager sendte ytterligere en klage på tildelingen 12. juni 2013. Innklagede svarte 18. juni 2013, og tok ikke klagen til følge. Det fremgikk av innklagedes svar at for sammensatte produkter *"ble tilbyder bedt om å på annen måte vise at produktet er produsert miljøvennlig. Dette ga tilbyder anledning til å dokumentere at produktet inneholder miljøvennlig materiale."*

(14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. juni 2013.

(15) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 25. juni 2013.

(16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. september 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling

- (17) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5, ved ikke å evaluere de innkomne tilbudene i samsvar med det som ble opplyst i spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget. Det ble spurt om volum/antall ville bli hensyntatt ved evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet, og innklagede svarte at volum og verdi ville bli tatt hensyn til ved en totalvurdering. I ettertid har innklagede opplyst at volum ikke ble hensyntatt i evalueringen av produktkvalitet. Dersom klager hadde visst at volum

ikke ville bli hensyntatt i evalueringen, ville klager levert tilbud på mer prisgunstige produkter slik at klager ville fått bedre score på priskriteriet.

Mangelfull begrunnelse

- (18) Innklagede har brutt forskriften § 20-16 nr. 1 ved å gi en mangelfull begrunnelse for evalueringen av tildelingskriteriet produktkvalitet. Innklagedes begrunnelse for valg av leverandør opplyste ikke om egenskapene til det valgte tilbudet under produktkvalitet.

Uklart krav i konkurransegrunnlaget

- (19) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved at miljøkravet til papp-, kartong- og papirprodukter var uklart utformet. Begrepene "*alle*" og "*i all vesentlighet*" er ikke synonyme, hvilket gjør det uklart om kravet er absolutt eller ikke. Tilsvarende er kravet om at produktene skal være produsert miljøvennlig svært uklart. Det er ikke mulig for tilbyderne på forhånd å vite om produktene oppfyller dette kravet eller ikke. I tillegg er det stor forskjell på om produktene er produsert miljøvennlig og om de inneholder miljøvennlig materiale.
- (20) Uklarhetene i konkurransegrunnlaget er av en slik art at konkurransen må avlyses jf. forskriften § 22-1 (1).

Innklagedes anførsler:

Brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling

- (21) Det bestrides at de innkomne tilbudene ikke er evaluert i samsvar konkurransegrunnlagets anvisninger. Det erkjennes at dersom man leser spørsmål med svar isolert sett kan dette misforstås. Det er imidlertid kun klager som har misforstått dette, og klager stilte ingen oppfølgingsspørsmål før tilbudsfristens utløp, selv om volum og verdi vist til i svaret ikke var det samme som volum/antall vist til i spørsmålet. Det kan uansett ikke være grunnlag for å tolke svaret dit hen at innklagede med dette mente å endre evalueringen av tildelingskriteriet. En slik endring ville være en vesentlig, og således ulovlig uten en ny kunngjøring. Det var heller ikke angitt en metode for å vekte volum ved evalueringen av produkters kvalitet.

Mangelfull begrunnelse

- (22) Det bestrides at innklagedes begrunnelse for valg av leverandør var mangelfull. Begrunnelsen for poenggivningen på tildelingskriteriet produktkvalitet var svært kort fordi det fremgikk at pris ble avgjørende i konkurransen. Det er dermed gitt en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. Etter at klager krevde en nærmere begrunnelse ble det også gitt en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler.

Uklart krav i konkurransegrunnlaget

- (23) Det bestrides at det var oppstilt et uklart krav i konkurransegrunnlaget. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at produktene skulle være miljømerket eller ha tredjeparts dokumentasjon på at de tilfredsstilte tilsvarende kriterier, der slike er utarbeidet. I svar på spørsmål fra klager ble dette presisert. Da noen få av produktene i prislisten ikke kan oppnå miljømerking/tredjepartsdokumentasjon for selve produktet i sin helhet, ble det

presisert at kravet ikke gjaldt for slike produkter. Det ble i denne forbindelse vist til sammensatte produkter. Kravet om at noen av produktene alternativt skulle være produsert miljøvennlig ble utformet på denne måten fordi det kan tenkes ulike måter å ivareta miljø på for sammensatte produkter. Det er da nærliggende å tolke kravet slik at man kan dokumentere miljøvennlig innhold som et ledd i produksjonen.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale for anskaffelse av kontorrekvisita, fritt skolemateriell og kopipapir som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til 64 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling

- (25) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved ikke å vektlegge volum/antall ved evalueringen av de innkomne tilbudene på tildelingskriteriet produktkvalitet, slik det ble opplyst i dokumentet med spørsmål og svar.
- (26) Ved tildelingsevalueringen utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers evaluering er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, herunder hvorvidt evalueringen er i samsvar med de angitte tildelingskriteriene, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/185 premiss (31).
- (27) Av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 følger det at oppdragsgiver ved tildelingsevalueringen må evaluere tilbudene i samsvar med de opplysningene som er gitt i konkurransegrunnlaget, jf. for eksempel klagenemndas saker 2009/98 premiss (28) og 2010/19 premiss (36). Opplysninger gitt av innklagede i ovennevnte dokument med spørsmål og svar må i denne sammenheng likestilles med opplysninger gitt i selve konkurransegrunnlaget.
- (28) Innklagede har opplyst at volum ikke ble vektlagt ved evalueringen av tildelingskriteriet produktkvalitet. Spørsmålet blir dermed om det var i strid med opplysningene gitt i konkurransegrunnlaget og dokumentet med spørsmål og svar ikke å vektlegge volum/antall ved evalueringen av tildelingskriteriet produktkvalitet.
- (29) I prisskjemaet som var vedlagt konkurransegrunnlaget, og som skulle fylles ut av tilbyderne, hadde innklagede oppgitt antall på hvert produkt. Det fremgikk imidlertid ikke hvorvidt dette antallet ville få betydning ved evalueringen av produktkvaliteten. Heller ikke andre steder i konkurransegrunnlaget var det gitt opplysninger om hvorvidt etterspurt volum/antall ville bli vektlagt ved evalueringen av produktkvalitet.
- (30) Nemnda har kommet til at det var i strid med opplysningene gitt i konkurransegrunnlaget og dokumentet med spørsmål og svar ikke å vektlegge volum/antall ved evalueringen av tildelingskriteriet produktkvalitet.

- (31) Klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget slik at det ikke uttrykkelig ble åpnet for at volum/antall skulle få betydning ved evalueringen av tildelingskriteriet produktkvalitet, og at det dermed ikke var adgang til å vektlegge volum/antall ved evalueringen av dette tildelingskriteriet.
- (32) I dokument med spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget fremgikk det at det var stilt følgende spørsmål 21. mars 2013: *"viser til konkurransegrunnlagets punkt 3.2 hvor Oppdragsgiver beskriver evaluering av produktkvalitet. Vil volum/antall hensyntas når en helhetsvurdering av kvalitet skal evalueres, eller vil hver varelinje telle like mye i evalueringen?"*. Til dette svarte innklagede at *"Volum og verdi vil bli tatt hensyn til ved en totalvurdering"*.
- (33) Innklagedes svar gir et klart inntrykk av at det i evalueringen av produktkvalitet ville bli tatt hensyn til volumet som skulle kjøpes av de ulike produktene, og verdien av disse. Ettersom det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at etterspurt volum skulle gis betydning ved evalueringen av produktkvaliteten, har innklagede, etter klagenemndas syn, gitt motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget og dokumentet med spørsmål og svar.
- (34) Det fremgår av forskriften § 5 at innklagede skal sikre kravet til forutberegnelighet og likebehandling i anskaffelsesprosessen. Det følger av klagenemndas praksis, eksempelvis sak 2011/177 og sak 2010/223 at det vil være i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5 å gi motstridende opplysninger i konkurransedokumentene. Basert på dette mener flertallet at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget og i dokumentet med spørsmål og svar.
- (35) For å ta stilling til hvorvidt klager har saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførselene som er fremsatt, må klagenemnda ta stilling til om den feil som her er konstatert innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (36) Basert på førsteinstansdomstolens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61) og 2012/195 premiss (21):
"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, mao. avholdt leverandører fra å delta."
- (37) Feilen i foreliggende sak var at innklagede ga motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget og dokumentet med spørsmål og svar om hvorvidt volum/antall skulle vektlegges i evalueringen av tildelingskriteriet produktkvalitet. Etter klagenemndas syn er dette opplysninger som det er av vesentlig betydning for leverandørene å kjenne til, både i spørsmålet om tilbud skal inngis, og ved den konkrete utformingen av leverandørens tilbud.
- (38) Klagenemnda finner at de motstridende opplysningene medfører at konkurransen kunne fått et annet utfall for klager enn om feilen ikke var blitt begått. Feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved utlysning av ny konkurranse hvor det gis klare opplysninger om

hvorvidt volum/antall ville inngå i evalueringen av tildelingskriteriet produktkvalitet, og innklagede hadde således plikt til å avlyse konkurransen.

- (39) Med det resultat klagenemnda, mangler klager saklig interesse i å få avgjort øvrige anførsler om gjennomføringen av forhandlingene og evalueringen av de innkomne tilbudene. Det faktum at innklagede allerede har inngått kontrakt og at det således ikke lenger foreligger noen konkurranse som kan avlyses, endrer ikke dette. De øvrige anførsler avvises derfor fra behandling med hjemmel i klagenemndforskriften § 6.

Konklusjon:

BTV Innkjøp har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget og dokumentet med spørsmål og svar.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,



Tone Kleven