



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av formingsmateriell til skole, skolefritidsordning og barnehage. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å stille et absolutt krav til leverandørene om å tilby sine mest solgte produkter/merker. Nemnda fant at konkurransen skulle ha vært avlyst som følge av feilen.

Klagenemndas avgjørelse 5. november 2014 i sak 2013/73

Klager: Lekolar AS

Innklaget: Tysvær kommune

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Magni Elsheim og Jakob Wahl

Saken gjelder: De generelle kravene i § 5. Krav til ytelsen.

Bakgrunn:

- (1) Tysvær kommune (heretter innklagede) kunngjorde 10. april 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om levering av formingsmateriell til skole, skolefritidsordning og barnehage. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 3 "*Omfang*" angitt å være cirka 3 200 000 kroner. Avtalens varighet var satt til to år, med mulighet for forlengelse i ett pluss ett år. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 3. juni 2013.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 12 "*Kriterier for tildeling*" var det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt. I det videre ble det presisert hvilke tildelingskriterier som skulle vektlegges og innholdet av disse:

<i>Nr.</i>	<i>Kriterier</i>	<i>Vekting i prosent</i>
1	<i>Pris/kostnad</i>	60%
2	<i>Kvalitet vurdert av innsendte vareprøver</i>	20%
3	<i>Service og referanser</i>	20%

Nr. 1 Pris / kostnad

Her vil vedlegg E prisskjema bli benyttet. Tilbyder skal fylle ut prisskjemaet og alle varelinjer skal fylles ut. Manglende utfylte varelinjer medfører avvisning. Dette punktet blir vektet 75 % av pris/kostnad.

Videre vil TK ta stikkprøver fra øvrige sortiment, som skal være et representativt utvalg. Hensikten er å unngå taktisk prising på øvrige produkter innen sortimentet. Dette blir vektet 25 % av pris/kostnad. Det skal derfor vedlegges komplett prisliste over tilbudspriser for øvrige produkter innen sortimentet denne avtalen omfatter.

Nr. 2 Kvalitet vurdert av innsendte vareprøver

I vedlegg G må tilbyder beskrive hvilke produkter som er valgt ut og hvorfor. En referansegruppe av brukere vil bedømme kvaliteten på de innsendte vareprøver. Se vedlegg G for hvilke varer det ønskes prøver på.

Nr. 3 Service og referanser

- *TK ber tilbyder om å beskrive prosessen fra bestilling til leveranse, det må tas med beskrivelse av eventuelle klager og retur av varer.*
- *Tilbyder skal redegjør for hvordan TK skal sikres gode priser på nye varer som kommer til underveis i avtaletiden.*
- *Referanser fra nåværende eller tidligere kunder, det skal sendes inn 3 ferdig utfylte referanseskjema, vedlegg H. Referansene skal innhentes fra kunder som er sammenlignbare med TK."*

- (3) Tilbyderne skulle fylle ut vedlagte prisskjema som var vedlagt konkurransegrunnlaget. Skjemaet bestod av 59 ulike produkter som tilbyderne skulle prise, og for noen av produktene skulle det leveres sortimentoversikt. Fra prisskjemaet gjengis følgende utdrag:

<i>Formingsprodukter:</i>	<i>Pris</i>	<i>Ønsker sortimentoversikt</i>
<i>Kronepapp</i>		
<i>Assortert farga kartong</i>		<i>X</i>
<i>Hvit plakatkartong A1 og A2</i>		
<i>(...)</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>

- (4) I kravspesifikasjonen stod det innledningsvis følgende:

"Det er et absolutt krav fra kommunen at det er de mest solgte produktene/merkene som tilbys. Utgangspunktet for hva som er mest solgt skal være kunder som er sammenlignbare med kommunene i denne utlysningen."

- (5) Innklagede mottok to tilbud, fra Lekolar AS (heretter klager) og AvForm Norge AS (heretter valgte leverandør).

- (6) I e-post av 14. juni 2013 ble det opplyst at innklagede hadde til intensjon å inngå kontrakt med valgte leverandør. Innklagede opplyste følgende om beregning av pris i tilbudene:

"Vi har i evalueringen tatt utgangspunkt i prisene på et relevant utvalg hyppig brukte produkter og søkt å gjøre dem sammenlignbare, eks. ved å beregne stk.pris.

Begge tilbyderne er gitt lik score på kvalitet og vareprøver og referanser. "

- (7) Det ble inngått kontrakt med valgte leverandør 25. juni 2013.
- (8) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. juli 2013.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. november 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Begrensningen i hvilke produkter som kan tilbys

- (10) Innklagede har brutt kravet til konkurranse i loven § 5 ved å stille et absolutt krav om å tilby de mest solgte produktene/merkene.
- (11) Klager har fremsatt en rekke anførsler i saken. På bakgrunn av resultatet som klagenemnda har kommet til, gjengis imidlertid ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

- (12) Tildelingsevalueringen representerer ikke et brudd på regelverket. Evaluering av vareprøver ble gjort av to fagpersoner, én fra barnehage og én fra skole. Tilbudene ble vurdert å ha likeverdig kvalitet på vareprøver og referanser, slik at tilbudt pris ble avgjørende.
- (13) Det ble tatt utgangspunkt i prisskjema/produktliste og valgt ut 17 av 59 produkter som ble ansett som sammenlignbare og mye brukt. Innklagede priset og poengsatte alle varelinjene i vedlegge E, og vurderte vedlagte kataloger for øvrige priser på produkter som kunne være aktuelle. Samtlige beregninger viste tydelig at det var en vesentlig prisforskjell mellom de to tilbyderne.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtale om formingsmateriell, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 3 "*Omfang*" estimert til 3 200 000 kroner. 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.

Begrensningen i hvilke produkter som kan tilbys

- (15) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til konkurranse i loven § 5 ved å stille et absolutt krav om å tilby de mest solgte produktene/merkene.

- (16) Oppdragsgiver har en relativt vid skjønnsmessig adgang til å bestemme hva som skal etterspørres i kravspesifikasjonen. Det følger imidlertid av loven § 5 (2) og forskriften § 3-1 (1) at en anskaffelse så langt det er mulig skal baseres på konkurranse. Kravet til konkurranse og likebehandling i lovens § 5 innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen slik at målet om konkurranse i det aktuelle markedet oppnås, jf. sak 2007/74 premiss (29). I dette ligger det at innklagede ikke kan utforme konkurransegrunnlaget på en måte som usaklig begrenser konkurransen.
- (17) Det følger av forskriften § 17-3 (2) at tekniske spesifikasjoner skal gi leverandørene *"like muligheter og må ikke medføre unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter"*. Denne bestemmelsen supplerer likebehandlingsprinsippet ved å understreke at tilbyderne skal gis ensartede vilkår for konkurransen. Dette innebærer at de tekniske spesifikasjonene ikke skal utformes på en slik måte at de ekskluderer produkter som faktisk oppfyller den offentlige oppdragsgivers krav til ytelsen, se blant annet klagenemndas sak 2012/220 premiss (22). Det må foreligge en kvalifisert begrunnelse for hindring av konkurranse, jf. sak 2014/17 premiss (48) med videre henvisninger.
- (18) Spørsmålet i det følgende er om det absolutte kravet om at de *"mest solgte produktene/merkene"* skulle tilbys var usaklig konkurransebegrensende.
- (19) Innklagede har ikke begrunnet hvorfor de har formulert et slikt absolutt krav til de tilbudte produkter/merker.
- (20) Konsekvensen av det absolutte kravet er at tilbyderne ikke kan velge hvilke typer eller merker av et bestemt produkt i sortimentet som de mener best tilfredsstiller innklagedes behov, slik dette er beskrevet i konkurransegrunnlaget for øvrig. Tilbydere forhindres dermed fra å tilby for eksempel helt nye produkter og merker, og det absolutte kravet har derfor en konkurransebegrensende virkning.
- (21) Innklagede har ikke påvist objektive grunner for å begrense konkurransen på den aktuelle måten. Innklagede har således brutt kravet til konkurranse i loven § 5 og kravet i forskriften § 17-3 (2), ved å kreve at de mest solgte produktene/merkene skulle tilbys.

Avlysningsplikt

- (22) For å ta stilling til om klager har saklig interesse i å få avgjort de øvrige fremsatte anførselene, må klagenemnda først ta stilling til om det konstaterte bruddet på anskaffelsesregelverket innebærer at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (23) Etter nemndas vurdering må det legges til grunn at det er en mulighet for at konkurransen kunne ha fått et annet utfall dersom konkurransegrunnlaget ikke hadde inneholdt kravet om at de mest solgte produktene/merkene skulle tilbys. Feilen kan derfor ikke repareres på annen måte enn ved avlysning av konkurransen og ny kunngjøring. Nemnda finner derfor at feilen innebærer at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.

Klagers øvrige anførsler

- (24) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til, finner nemnda at klager mangler saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførsler som er fremsatt, jf. klagenemnds forskriften § 6.

Konklusjon:

Tysvær kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å stille et absolutt krav til leverandørene om å tilby sine mest solgte produkter/merker, og ved ikke å avlyse konkurransen som følge av dette.

Klagers øvrige anførsler er ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal