



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

**Saken gjelder:** Forskriften § 17-3 (4) bokstav a og § 17-3 (5). Avlysningsplikt. Avvisning av valgte leverandørs tilbud.

*Innklagede gjennomfører en åpen anbudskonkurranse for å inngå en rammeavtale på levering av lekeplassutstyr. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 17-3 (4) bokstav a ved at innklagedes dokumentasjonskrav til et krav i kravspesifikasjonen ikke var ledsaget av uttrykket "eller tilsvarende". Klagers påstand om at denne feilen ga avlysningsplikt, at dette innebar at innklagede ikke kunne vurdere valgte leverandørs alternative dokumentasjon med hjemmel i forskriften § 17-3 (5) og at valgte leverandørs tilbud således skulle vært avvist, førte derimot ikke frem.*

**Klagenemndas avgjørelse 1. mars 2016 i sak 2015/154**

**Klager:** Lekolar AS

**Innklaget:** Fredrikstad kommune

**Klagenemndas**

**medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Marianne Dragsten og Jakob Wahl.

**Bakgrunn:**

(1) Fredrikstad kommune (innklagede) kunngjorde den 25. august 2015 en åpen anbudskonkurranse for å inngå en rammeavtale på levering av lekeplassutstyr. Kunngjøringen gjaldt avtale for Fredrikstad kommune selv og Hvaler kommune. Anskaffelsens verdi var estimert til 8 millioner kroner. Tilbudsfrist var 7. oktober 2015.

(2) Konkurransesgrunnlaget punkt 3.3 inneholder kravspesifikasjonen. I punkt 3.3.1 fremgår følgende:

*"Krav i kravspesifikasjonen er minstekrav som må være oppfylt."*

(3) I spørsmål/svar dokument ble kravet i kravspesifikasjonen punkt 3.3.3.3 kulepunkt 3 med tilhørende dokumentasjonskrav endret:

*"Kravspesifikasjonen kap. 3.3.3.3 Materialer, behandling og farger kulepunkt 3 endres til:*

*Dersom det benyttes trevirke i fundamenter eller andre deler av utstyret som vil være i kontakt med jord, skal dette være holdbart trevirke som tåler kontakt med jord utover levetiden til produktet. Holdbarheten skal dokumenteres.*

Dokumentasjonskrav:

- *Fungitest i henhold til EN 113. Trevirket skal aldres med relevant metode, for eksempel EN 73 og EN 84*
- *Softråtetest i henhold til ENV 807*

- *Feltest i henhold til EN 252 i minst 5 år i to felt hvorav ett i Norden.*

*I prisskjemaet kulepunkt 3 endres til: Alle deler i kontakt med bakken skal være i metall eller i holdbart trevirke som tåler kontakt med jord utover levetiden til produktet. Holdbarheten skal dokumenteres i henhold til beskrivelse i kravspesifikasjonen kap. 3.3.3.3 kulepunkt 3".*

- (4) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "*Priser og kostnader*", 70 %, og "*Miljø*", 30 %.
- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Lekolar AS (klager), og Trigonor AS (valgte leverandør).
- (6) I tilbudet fra valgte leverandør fremgår det at det er tilbudt stolper av robinie tre. Tilbudet inneholdt ikke den dokumentasjon som konkurransegrunnlaget etterspurte i tilknytning til kravet i kravspesifikasjonen punkt 3.3.3.3 kulepunkt 3. Tilbudet var istedenfor vedlagt et hefte med tittelen "*Miljøvenlig brug af træ i have og landskab*". Dette heftet er utgitt av Dorte Petersen. Heftet er et resultat av prosjektet "*Miljøvenlig brug af træ i have & landskab*" som er tilrettelagt av Have og Landskabsrådet og Grønt Miljø i Danmark. Prosjektgruppen har bestått av representanter fra Have & Landskabsrådet, KVL, WoodTeck og Danske Anlæggsgartnere.
- (7) I brev av 30. november 2015 meddelte innklagede tilbyderne at kommunene hadde til hensikt å inngå rammeavtale med valgte leverandør.
- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda i klagebrev av 22. desember 2015. I klagen fremsatte klager følgende to anførsler:
  - Innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som ikke dokumenterte oppfyllelse av minstekravet til "*Materialer, behandling og farger*" i kravspesifikasjonen kap. 3.3.3.3 kulepunkt 3.
  - Innklagede har subsidiært brutt forskriften § 22-2 og kravene til likebehandling, forutsigbarhet og forholdsmessighet ved å gi klager 0 poeng på tildelingskriteriet "*Miljø*".
- (9) I beslutning av 8. februar 2016 avviste sekretariatet klagen fra behandling i klagenemnda. Avvisningen var hjemlet i klagenemndforskriften § 9. Grunnen til avvisningen var at sekretariatet mente at den første anførselen klart ikke kunne føre frem og at den andre var uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda. Sistnevnte fordi behandlingen av denne anførselen krevde en inngående kjennskap til de krav som stilles til svanemerking og den dokumentasjon som kan godtas for å vurdere om kravene til et slikt merke er oppfylt. Slik inngående kjennskap har ikke klagenemnda.
- (10) I brev av 11. februar 2016 påklaget klager avvisningen av den første anførselen. Avvisningen av den andre anførselen, ble godtatt. I klagen fremsatte klager også en ny anførsel.
- (11) Klagenemndas leder tok klagen til følge i beslutning av 16. februar 2016 og henviste behandlingen av den første anførselen til klagenemnda.

- (12) Begge parter har etter dette inngitt sine sluttkommentarer. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. februar 2016.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (14) Innklagede har brutt forskriften § 17-3 (4) bokstav a ved ikke å tilføye "*eller tilsvarende*" etter angivelsen av dokumentasjonskravene til kravet i kravspesifikasjonen punkt 3.3.3.3 kulepunkt 3. Dette gjør dokumentasjonskravet ulovlig, og innebærer at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen. Det er ikke mulig å si hvilken betydning foreliggende feil har hatt for mulige tilbydere. Siden klager ikke fikk opplyst at annen dokumentasjon enn den opplistede kunne være aktuell, fikk klager heller ikke vurdere dette i forkant av tilbudsinngivelsen. Ved tilbudsinnleveringen vil klager alltid vurdere hva som må anses for minstekrav for å delta i konkurransen, herunder materialvalg. Det er i ettertid ikke mulig å si hvorvidt klager hadde valgt andre materialer enn det som ble gjort.
- (15) Innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som ikke dokumenterte oppfyllelse av minstekravet til "*Materialer, behandling og farger*" i kravspesifikasjonen kap. 3.3.3.3 kulepunkt 3. Det er ut fra valgte leverandørs fremlagte dokumentasjon vanskelig å se om denne tilfredsstillende dokumentasjonskravene for fungitest etter EN 113 og sofråtetest etter ENV 807. I vedlagte hefte opplyses om robinie tre at: "*splintvedet kun har ringe vanavisende evne og er derfor sårbart for opfuktning og svampeangrep.*" Valgte leverandørs dokumentasjon tilfredsstillende under enhver omstendighet ikke dokumentasjonskravet om felttest – hvorav minst én av testene skal være utført i Norden. Tester fra andre klimatiske forhold, kan ikke oppfylle dette absolutte kravet.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (16) Innklagede erkjenner at det formelt sett foreligger et brudd på § 17-3 (4) bokstav a siste punktum. Dette er imidlertid ikke gjort til en klagegrunn i klagen, og det er en feil som ikke har hatt betydning for klager. En forglemmelse på dette punkt, bør ikke føre til at § 17-3 (5) ikke kommer til anvendelse. Leverandører bør kunne fremlegge annen egnet dokumentasjon, selv om oppdragsgiver har glemt å skrive "*eller tilsvarende*" etter en henvisning iht. § 17-3 (4) bokstav a.
- (17) Innklagede bestrider at det er et brudd på regelverket å ikke avvise valgte leverandørs tilbud. Valgte leverandørs tilbud har dokumentert oppfyllelse av kravet i kravspesifikasjonen kap. 3.3.3.3 kulepunkt 3 gjennom tilbudets vedlagte hefte fra Have & Landskabsrådet. I heftet fremgår det at robinie tre har holdbarhetsklasse 1-2 målt i henhold til standarden EN 350-2. Dette fremgår på side 13 i heftet. Det kan av dette sluttes at det i dokumentasjonen vedlagt tilbudet fra valgte leverandør fremgår at tilbudt trevirke oppfyller kravene i standard EN 350-2. Miljømerking Norge har på denne bakgrunn vurdert kravene i EN 350-2, og konkludert med at fungitest, felttest og sofråtetest dermed er gjennomført på robinie tre som sådan. Valgte leverandørs tilbud inneholder derfor også dokumentasjon på at de tester som var etterspurt, er gjennomført. Det er uansett ikke tale om et vesentlig avvik.

### **Klagenemndas vurdering:**

(18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av lekeplassutstyr som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 8 millioner 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.

*Hvorvidt innklagede har brutt forskriften § 17-3 (4) bokstav a ved ikke å tilføye "eller tilsvarende" etter dokumentasjonskravene til kravet for trevirke i kontakt med jord*

(19) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 17-3 (4) bokstav a ved ikke å tilføye "eller tilsvarende" etter angivelsen av dokumentasjonskravene til kravet i kravspesifikasjonen punkt 3.3.3.3 kulepunkt 3. Innklagede erkjenner at dette formelt sett utgjør et brudd på bestemmelsen.

(20) I § 17-3 (4) bokstav a siste setning fremgår det at: "*Hver henvisning skal ledsages av uttrykket "eller tilsvarende".*"

(21) Selv om ordlyden i § 17-3 (4) bokstav a siste setning isolert sett kan tale for at enhver henvisning som er gjort i henhold til denne bestemmelsen skal ledsages av uttrykket "*eller tilsvarende*", kan det etter klagenemndas oppfatning stilles spørsmål ved om dette må forstås slik. Dette fordi de henvisninger § 17-3 (4) bokstav a gir, er så mange at det ikke alltid er hensiktsmessig eller mulig å kreve at alle de her nevnte henvisninger skal ledsages av dette uttrykket. Dette gjelder for eksempel den henvisning som er gitt til tekniske spesifikasjoner som definert i forskriften § 4-3 bokstav g. Dette er det imidlertid ikke nødvendig for klagenemnda å ta endelig stilling til, da nemnda uansett mener at det må anses hensiktsmessig og mulig at innklagede ledsaget de dokumentasjonskrav som er stilt i foreliggende konkurranse, med uttrykket "*eller tilsvarende*". Innklagedes unnlattelse av dette i foreliggende konkurranse utgjør derfor et brudd på forskriften § 17-3 (4) bokstav a.

*Hvorvidt foreliggende brudd på forskriften § 17-3 (4) bokstav a medfører en plikt for innklagede til å avlyse konkurransen*

(22) Klager mener at foreliggende brudd på forskriften § 17-3 (4) bokstav a medfører at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen. Innklagede bestrider dette, og uttaler at dette bruddet ikke var gjort til en klagegrunn i klagen, og at dette bruddet ikke kan ha hatt noen betydning for klager.

(23) I klagenemndas tidligere praksis, for eksempel sak 2014/133 premiss (28), er det oppstilt følgende regel for når en oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse:

*"Avlysningsplikt forutsetter at feilen som foreligger ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, jf. blant annet klagenemndas saker 2010/159 premiss (60) og 2009/80 premiss (32). Det er videre et vilkår for avlysningsplikt at det påvises at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått, eventuelt at feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, jf. klagenemndas sak 2011/171 premiss (61)."*

- (24) På den ene siden kan foreliggende feil muligens ikke rettes på annen måte enn ved avlysning. Videre kan det ikke teoretisk utelukkes at potensielle tilbydere har avstått fra å innlevere tilbud i konkurransen basert på at de ikke kunne tilby den dokumentasjon som her var etterspurt når dokumentasjonskravet ikke var ledsaget av uttrykket "*eller tilsvarende*". Klagenemnda har i alle fall ikke fått noen opplysninger som skulle tilsi at så er tilfellet. Dette er argumenter som kan tale for at det foreligger avlysningsplikt. På den annen side har klager selv, for eget vedkommende, uttalt at det i ettertid ikke er mulig å si hvorvidt klager hadde valgt andre materialer om dokumentasjonskravet hadde vært etterfulgt av "*eller tilsvarende*". Dette kan ikke anses for å påvise at konkurransen kunne fått et annet utfall for klager om feilen ikke var begått. Videre er hele formålet med § 17-3 at det avgjørende skal være om leverandørene kan godtgjøre at de oppfyller de krav innklagede har stilt i kravspesifikasjonen, og ikke bare at de oppfyller de dokumentasjonskrav som innklagede har stilt opp. Det er dette som best oppfyller konkurranseprinsippet som hele anskaffelsesregelverket bygger på. Dersom en tilbyder på en egnet måte kan vise at tilbudet til vedkommende oppfyller de krav som er stilt, må dette oppveie at vedkommende ikke har inngitt akkurat den dokumentasjon som oppdragsgiver har stilt. Dette må i alle fall tilsi at når oppdragsgiver er i en slik situasjon, må oppdragsgiver i det minste ha en rett til å vurdere den dokumentasjon som er inngitt for å se om denne er egnet, og til oppdragsgivers tilfredshet, påviser at de krav som er stilt må anses oppfylt. Dette må leverandørene, etter nemndas syn, kunne legge til grunn selv om oppdragsgiver ikke har etterfulgt en bestemt henvisning med "*eller tilsvarende*". Med denne tolkningen ivaretas formålet med § 17-3 best, og det er også denne tolkning som best oppfyller regelverkets grunnleggende krav til konkurranse, proporsjonalitet og effektiv ressursbruk. Denne tolkning gjør også at den feil som er gjort, på en tilstrekkelig måte, er mulig å rette uten avlysning. Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede ikke har en plikt til å avlyse foreliggende konkurranse selv om forskriften § 17-3 (4) bokstav a er brutt ved at innklagedes oppstilte dokumentasjonskrav ikke var ledsaget av uttrykket "*eller tilsvarende*".

*Hvorvidt innklagede har hjemmel i forskriften § 17-3 (5) til å vurdere den dokumentasjon valgte leverandør har inngitt*

- (25) Klager har bestridt at innklagede kan benytte forskriften § 17-3 (5) som hjemmel til å vurdere valgte leverandørs inngitte dokumentasjon som følge av at innklagede ikke hadde ledsaget dokumentasjonskravet med "*eller tilsvarende*". Innklagede mener at § 17-3 (5) må være anvendelig.

- (26) I forskriften § 17-3 (5) heter det følgende:

*" Dersom en oppdragsgiver benytter seg av muligheten til å henvise til spesifikasjonene nevnt under fjerde ledd bokstav a, kan vedkommende oppdragsgiver ikke avvise et tilbud med den begrunnelse at de tilbudte varer og tjenester ikke oppfyller de spesifikasjonene det er vist til, når tilbyderen i sitt tilbud på en egnet måte og til oppdragsgivers tilfredshet påviser at løsningene som foreslås, på tilsvarende måte oppfyller kravene som er definert i de tekniske spesifikasjonene. En egnet måte kan være i form av teknisk dokumentasjon fra produsenten eller en prøvingsrapport fra et anerkjent organ. "*

- (27) På den ene siden kan en ren bokstavfortolkning av § 17-3 (5), isolert sett, tilsi at det kun er når oppdragsgiver har gitt en korrekt henvisning etter § 17-3 (4) bokstav a (inkludert ledsaget av "*eller tilsvarende*") at § 17-3 (5) er anvendelig som hjemmel til å vurdere annen dokumentasjon enn den oppdragsgiver direkte har etterspurt. På den annen side er

dette en tolkning som harmonerer dårlig med formålet med § 17-3, nemlig at det avgjørende skal være om leverandøren kan godtgjøre at tilbudet til vedkommende, på en egnet måte, oppfyller de krav som er stilt, ikke bare at vedkommende oppfyller de dokumentasjonskrav som er stilt. Det er dette som gir mest mulig konkurranse. Leverandørene bør derfor kunne benytte ethvert egnet bevismiddel for å godtgjøre at de oppstilte krav er oppfylt. Se her for eksempel Steinicke Groesmeyer(2008) side 703 som uttaler dette uten begrensningen "egnet" foran bevismiddel. Dersom § 17-3 (5) tolkes så snevert at den kun er anvendelig når det foreligger en korrekt henvisning etter § 17-3 (4) bokstav a, vil dette også innebære at det egentlig ikke er noe behov for § 17-3 (5). Dersom oppdragsgiver har tilføyd "eller tilsvarende" i § 17-3 (4) bokstav a, vil jo oppdragsgiver kunne vurdere alternativ dokumentasjon med hjemmel direkte i § 17-3 (4) bokstav a. Klagenemnda er derfor kommet til at § 17-3 (5) er anvendelig selv om innklagede i foreliggende konkurranse hadde unnlatt å etterfølge sitt dokumentasjonskrav med "eller tilsvarende". Dette innebærer at innklagede kunne vurdere den dokumentasjon valgte leverandør har inngitt.

*Hvorvidt innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud*

- (28) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som etter klagers syn ikke dokumenterte oppfyllelse av minstekravet til "*Materialer, behandling og farger*" i kravspesifikasjonen kap. 3.3.3.3 kulepunkt 3.
- (29) Av forskriften § 20-13 (1) bokstav e følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene.
- (30) Det er på det rene at valgte leverandørs tilbud ikke inneholdt den dokumentasjon som kravspesifikasjonen direkte etterspurte i tilknytning til kravet i kapittel 3.3.3.3 kulepunkt 3. Spørsmålet i det følgende blir derfor om den dokumentasjon valgte leverandør har fremlagt godtgjør at det krav som var stilt i kravspesifikasjonen må anses oppfylt. Det avgjørende er altså ikke om den fremlagte alternative dokumentasjon må anses for å tilfredsstille de krav innklagede i dette tilfellet hadde stilt til dokumentasjonen. Kravet i kravspesifikasjonen lød slik:

*"Dersom det benyttes trevirke i fundamenter eller andre deler av utstyret som vil være i kontakt med jord, skal dette være holdbart trevirke som tåler kontakt med jord utover levetiden til produktet. Holdbarheten skal dokumenteres."*

- (31) I vurderingen av om krav i kravspesifikasjonen er oppfylt, har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers skjønnsutøvelse har vært usaklig, uforsvarlig eller på annen måte i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket.
- (32) Innklagede har selv akseptert den dokumentasjon valgte leverandør har fremlagt og kommet til at denne, til oppdragsgivers tilfredshet, viser at valgte leverandør oppfyller kravet i kravspesifikasjonen. Selv om det i dokumentasjonen (det aktuelle hefte) er uttalt at splintveden (i motsetning til kjerneveden) hos robinie tre "*kun har ringe vanavisende evne og er derfor sårbart for opfuktning og svampeangrep*", er det også uttalt at: "*Robinie [...], er mørkkernet løvtræ med stor kerneandel og dermed høy udnyttelsesgrad. I kerneveddet er indlejret kernestoffer der hæmmer vandoptag og nedbrydning.*", "*Ønskes*

*for eksempel en levetid på 20-30 år kan konstruksjonsdele nedgravet i jord med fordel utføres i kerneved af eg og robinie", "Varigheden af robinie i jordkontakt er god til meget god, svarende til en gennemsnitlig levetid på over 15 år. Ifølge engelske forsøg 36 år." og "Robinie anbefales til bærende konstruktion i og over jord og til terrasse." Grunnlaget for heftets uttalelser om egenskapene til robinie trær, er oppgitt å være følgende feltforsøk: DS/EN 350-2 (1995) (plantasjetrær), Smith og Orsler (BRE Digest 429) (europeisk dyrket plantasjetrær) (1996) og Highley (1995). Det er den førstnevnte felttesten som angir at robinie tre har god til meget god holdbarhet (15 til over 25 år) og den andre angir at robinie har en holdbarhet på 36 år når treet er halvt nedgravd i jord.*

- (33) Basert på dette, har innklagede funnet at valgte leverandør i tilbudet sitt, på en egnet måte og til oppdragsgivers tilfredshet, har påvist at tilbudte stolper i robinie er dokumentert å oppfylle kravspesifikasjonens kap. 3.3.3.3. kulepunkt 3. Etter klagenemndas syn kan innklagedes skjønnsutøvelse i foreliggende sak ikke anses usaklig, uforsvarlig eller på annen måte i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket. Innklagede har derfor ikke brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (34) For øvrig kan også nevnes at innklagede i sitt sluttinnlegg opplyser at siden robinie tre ifølge EN 350-2 har holdbarhetsklasse 1-2 (jf. valgte leverandørs dokumentasjon side 13), så har Miljømerking Norge nå konkludert med at fungitest, felttest og sofråtetest må anses gjennomført på robinie tre som sådan. Dette innebærer etter innklagedes syn at valgte leverandørs dokumentasjon ikke bare godtgjør at kravspesifikasjonens krav er oppfylt, men også at innklagedes direkte oppstilte krav til dokumentasjonen er oppfylt.

### ***Konklusjon:***

Fredrikstad kommune har brutt forskriften § 17-3 (4) bokstav a ved ikke å ledsage dokumentasjonskravet til kravet i kravspesifikasjonen punkt 3.3.3.3 kulepunkt 3 med uttrykket "*eller tilsvarende*".

Klagers anførsel om brudd på regelverket som følge av at innklagede ikke hadde avvist valgte leverandørs tilbud, førte ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

*Dokumentet er godkjent elektronisk*