



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Tilbudsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for kjøp og levering av lekeplassutstyr. Klagenemnda konkluderte med at innklagede hadde brutt anskaffelsesregelverket ved evaluering av valgte leverandørs tilbud under tildelingskriteriet miljø og bærekraft, mens anførselen om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi det ikke tilfredsstilte kravspesifikasjonen om sikkerhet, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. mai 2024 i sak 2023/0834

Klager: Søve AS

Innklaget: Strand kommune

Klagenemndas

medlemmer: Wenche Sædal, Hanne S. Torkelsen og Sverre Nyhus.

Bakgrunn:

(1) Strand kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 30. mai 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for kjøp og levering av lekeplassutstyr. Innklagede hadde til hensikt å inngå en 2-årig rammeavtale med opsjonsmulighet på 1 + 1 år. Anskaffelsens verdi ble på kunngjøringstidspunktet estimert til 21 millioner kroner. Tilbudsfrist var 12. juni 2023.

(2) Tildelingskriteriene i saken var «*Aktivitetstilbud og funksjonalitet*» som skulle vektes med 30 prosent, «*Pris*» som skulle vektes med 40 prosent og «*Miljø og bærekraft*» som skulle vektes med 30 prosent.

(3) For tildelingskriteriet miljø og bærekraft fremgikk det at:

«Under kriteriet miljø og bærekraft vil oppdragsgiver vurdere tilbudene i forhold til bruk av dokumenterbare bærekraftige tiltak for tilbudte produkter. For å vurdere tilbudene vil oppdragsgiver vektlegge om produktene tilbudt i vedlegg 2 er sertifisert/merket med miljømerkeordninger.»

(4) Videre ble det stilt følgende dokumentasjonskrav:

«Leverandøren skal merke av i kolonnen "Miljøkriterium" i vedlegg 2, dersom produktet som tilbys er miljømerket. Har produktet et lisensnummer, er det tilstrekkelig at navn på merkeordning sammen med gyldig lisensnummer oppgis i kolonnen. Hvis produktet ikke har lisensnummer må sertifikat/lisensbevis legges ved. Sertifikater og andre dokumenter må være gyldige, og ikke utgått. Det er kun dokumentasjonen som foreligger vedlagt tilbud ved tilbudsfristens utløp som vil legges til grunn for vurdering av tilbudene.

Dersom en leverandør ikke har mulighet til å delta i merkeordningen eller en tilsvarende merkeordning innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv, vil oppdragsgiver

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

akseptere alternativ dokumentasjon. Dette kan være tilfelle der leverandøren tilbyr et nytt produkt, eller nylig har overtatt salgsrettigheter for et produkt. Dersom det gis alternativ dokumentasjon er det tilbyderens ansvar å tilrettelegge denne på en enkel og pedagogisk måte, slik at det er enkelt å vurdere om kravet er oppfylt.».

- (5) Tildelingskriteriet skulle evalueres på følgende måte:

«Ved evaluering av dette kriteriet så vil produkter som er merket med Svanemerket, EU Ecolabel eller tilsvarende merker tildeles 1 poeng pr enhet.

Produkter som har annen merkeordning eller annen dokumentasjon, men som ikke vurderes som like omfattende som Svanemerket og EU Ecolabel vil tildeles 0,5 poeng pr tilbudt enhet. Produkter som er miljømerket med FSC/PEFC eller ASI vil få 0,25 poeng pr tilbudt enhet.

Leverandøren som tilbyr andre merker, har det juridiske ansvaret for å dokumentere at deres miljømerke kan anses likeverdig/tilsvarende med de merker som er spesifisert ovenfor.

Poeng som oppnås pr enhet multipliseres med det estimerte antall oppgitt i vedlegg 2 for hver enkelt produktlinje. Poeng pr varelinje legges sammen til en totalsum som inngår i evalueringen. Tilbudet med flest poeng på produktene samlet vil få 10 poeng. Resten av tilbudene vil få poengsummen sin omregnet i forhold til dette.».

- (6) Kravene i kravspesifikasjonen var oppgitt i en tabell, der leverandørene skulle besvare de enkelte kolonnene med J for «Ja, kravet tilfredsstilles av leverandøren.» eller N for «Nei, kravet tilfredsstilles ikke av leverandøren.». Videre kunne leverandørene fylle ut utfyllende informasjon i kolonnen «Eventuelt utfyllende informasjon fra leverandør» og legge ved vedlegg med «evt. Utfyllende informasjon».
- (7) Det fremgikk av kravspesifikasjonen at «Manglende utfylling av tabellen og/eller vesentlige avvik i tilbudet i forhold til de oppsatte krav, vil kunne føre til avvisning av tilbudet.».
- (8) Det fulgte av kravspesifikasjonens punkt 1 at:

«Alle tilbudte og leverte produkter skal oppfylle gjeldende versjoner av følgende:

- Lov om kontroll med produkter og forbrukertjenester (produktkontrollloven).*
- Forskrift om sikkerhet ved lekeplassutstyr.*
- NS-EN 1176:2017 - Lekeplassutstyr og underlag, alle deler.*
- NS-EN 1177:2018 Støtdempende lekeplassunderlag Bestemmelse av kritisk fallhøyde.*
- Forskrift om begrensing i bruk av helse- og miljøfarlige produkter kjemikalier og andre produkter (produktforskriften).*

Produktene skal leveres i henhold til enhver tids gjeldende revisjon av standarder og regelverk.

For lekeplassutstyr som ikke er i overensstemmelse med standardene, må tilstrekkelig sikkerhet dokumenteres særskilt.».

- (9) Innklagede mottok tre tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Søve AS (heretter *klager*) og Kompan Norge AS (heretter *valgte leverandør*).
- (10) Valgte leverandør svarte i sitt tilbud «J» i kolonnen for kravspesifikasjonens punkt 1. Videre hadde de i kolonnen for «Eventuelt utfyllende informasjon fra leverandør» en kommentar om at «Alle KOMPANs produkter oppfyller kravene til standardene og er TÜV-sertifiserte».
- (11) Under miljøkriteriet leverte valgte leverandør miljødokumentasjon av typen ISO 14021, som innebærer en selvdeklart miljøprestasjon.
- (12) Ved tildelingsbeslutning ble valgte leverandør tildelt kontrakt med en vektet poengscore på 9,65 poeng. Klager kom på andreplass i konkurransen med 7,86 poeng.
- (13) Under de ulike tildelingskriteriene fikk de to beste leverandørene følgende poengscore:

Leverandør	Aktivitetstilbud og funksjonalitet	Pris	Miljø og bærekraft	Sum poeng	Rangering
Kompan Norge AS	2,98	4,00	2,67	9,65	1
Søve AS	3,0	1,86	3,00	7,86	2

- (14) Den 31. august 2023 klaget klager på tildelingen og evalueringen.
- (15) Innklagede foretok en avklaring med valgte leverandør vedrørende kravet i kravspesifikasjonens punkt 1 etter at de mottok klagen. Valgte leverandør bekreftet samme dag at de overholder lov om sikkerhet ved lekeplassutstyr, og at utstyr eller deler av metall som kan utgjøre en risiko for frostskafer, er behandlet eller dekket av materiale som isolerer mot kulde. Videre ble det presisert at metalldele til produktene er enten av lakkert aluminium utførelse eller pulverlakkert galvanisert stål som isolerer mot kulde og eliminerer risikoen for frostskafer.
- (16) Innklagede tok ikke klagen til følge, og viste til at valgte leverandør hadde levert tilfredsstillende dokumentasjon på at produktene oppfyller kravene i forskrift om sikkerhet ved lekeplassutstyr og at evalueringen under tildelingskriteriet miljø og bærekraft var rettmessig.
- (17) Den 11. september 2023 sendte klager via sin advokat en ny klage til innklagede. Klagen ble avvist i brev datert 19. september 2023.
- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 23. september 2023.
- (19) Innklagede har opplyst om at de vil avvente kontraktsinngåelsen til saken er behandlet av klagenemnda.

- (20) Klager ba i brev datert 23. september 2023 om at klagenemnda ba om at opplysninger i valgte leverandørs tilbud ble fremlagt i usladdet versjon. Klagenemndssekretariatet ba i e-post datert 24. november 2023 om å få oversendt valgte leverandørs Product Safety Evaluation og miljødokumentasjonen i valgte leverandørs tilbud, slik at klagenemndas leder kunne foreta en vurdering av om bevisene kunne føres jf. klagenemnds forskriften § 11 jf. tvisteloven § 22-3 andre ledd. Innklagede ønsket ikke å oversende opplysningene i klagers tilbud, og viste til at det inneholdt forretningshemmeligheter.
- (21) Klagenemndssekretariatet ved klagenemndas leder påla innklagede å fremlegge dokumentasjonen i brev datert 22. desember 2023. Innklagede klaget på pålegget til Nærings- og Fiskeridepartementet i brev datert 28. desember 2023.
- (22) I brev av 24. april 2024 kom Nærings- og fiskeridepartementet til at departementet ikke er riktig klageinstans etter forvaltningsloven § 14. Departementet la til grunn at slike klager skal rettes til klagenemndas leder. Klagenemndssekretariatet og nemndas leder besluttet å ikke gå videre med pålegget om dokumentfremleggelse.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. mai 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Valgte leverandørs tilbud inneholder et vesentlig avvik, og må avvises. I kravspesifikasjonen punkt 1 fremgikk det at utstyret som tilbys, skal oppfylle krav i forskrift om sikkerhet ved lekeplassutstyr. Bildene i tilbudet viser at flere av produktene fra valgte leverandør er i bart metall og dermed i strid med kravet i forskriftens § 6 femte ledd. I tillegg opplyste valgte leverandør i tilbudet at kravene til standardene oppfylles, uten å si at krav i regelverket er oppfylt. Uttalelsen kan leses antitetisk, eller i det minste som uklar.
- (25) Den etterfølgende avklaringen av at produktene er lakkert, må anses for en forbedring av tilbudet, som det må ses bort fra.
- (26) Innklagede har brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet ved å gi valgte leverandør poeng under miljøkriteriet for at det er lagt frem GreenSheets. Dette er ingen miljømerkeordning, men kun en egenerklæring på hva CO₂-avtrykk produktet antas å ha. Det bestrides at GreenSheet fra leverandøren gir mulighet til å vurdere de bærekraftige tiltakene som er gjort for å gjøre produktene mer miljøvennlige. Så lenge det ikke er fremlagt informasjon om hvilke opplysninger som fremgår, er det også umulig for klager å imøtegå anførselene fra innklagede.
- (27) Subsidiært anføres at siden det ikke foreligger et miljømerke verifisert av en tredjepart, må oppdragsgiver være forpliktet til å sammenligne de tallene som fremgår av en egenerklæring, opp mot de nivåer som oppfylles for å få en merkeordning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (28) Valgte leverandørs tilbud avviker ikke fra kravene i kravspesifikasjonen, og det foreligger ikke avvisningsplikt. Det kan ikke legges til grunn at tilbudet inneholder avvik fra kravspesifikasjonens punkt 1. Tilbyder har svart at kravet er oppfylt, og det er ingen annen informasjon i tilbudet som tilsier at kravet ikke vil bli oppfylt. Det er ikke stilt krav om at det skal inngis bilder av produktene i forbindelse med besvarelsen knyttet opp til

det aktuelle kravet i kravspesifikasjonen, og bildene som er inngitt i tilbudet, er heller ikke av en slik kvalitet at de gir grunnlag for å betvile valgte leverandørs bekreftelse på at de oppfyller kravet. Valgte leverandør har ved senere avklaring igjen bekreftet oppfyllelse av kravet.

- (29) Det foreligger ikke brudd på anskaffelsesregelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet miljø og bærekraft. Valgte leverandør leverte dokumentasjon som har gitt innklagede mulighet til å vurdere de dokumenterbare bærekraftige tiltakene som er gjort for å gjøre produktene mer miljøvennlige. Det var mulig å vurdere effekten tiltakene har hatt på CO₂-fotavtrykket for produktene. Valgte leverandør leverte miljødokumentasjon av typen ISO 14021, som er en selvdeklartert miljøprestasjon. Ettersom dokumentasjonen valgte leverandør har levert inneholder informasjon om den reelle innsatsen for å skape et mer bærekraftig produkt, så er det belønnet med 0,5 poeng per enhet.
- (30) Konkurranses grunnlaget angir at det er dokumenterbare bærekraftige tiltak for tilbudte produkter som skal vurderes i forhold til tildelingskriteriet miljø og bærekraft, og at det ikke er krav om sertifisering eller miljømerking for å oppnå poeng under dette tildelingskriteriet.

Klagenemndas vurdering:

- (31) 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 for kjøp og levering av lekeplassutstyr som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var på kunngjøringstidspunktet estimert til 21 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av tilbud

- (32) Klagenemnda skal først vurdere om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud i konkurransen grunnet vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen.
- (33) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene. Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten, inkludert kravspesifikasjonen, slik det blant annet er lagt til grunn i LB-2019-85112. For å avgjøre om det foreligger et avvik, skal tilbudet tolkes objektivt i lys av konkurranses grunnlaget. Konkurranses grunnlaget tolkes for å klargjøre hvilke krav som er stilt, og tilbudet tolkes for å undersøke om tilbudet tilfredsstiller disse kravene.
- (34) Det følger av kravspesifikasjonen punkt 1 at alle tilbudte og leverte produkter skal oppfylle lov om produkter og forbrukertjenester (produktkontrollloven), forskrift om sikkerhet ved lekeplassutstyr (lekeplassforskriften), forskrift om begrensning i bruk av helse- og miljøfarlige kjemikaler og andre produkter (produktforskriften) og standardene NS-EN 1776:2017 og NS-EN 1177:2018.
- (35) Kravspesifikasjonen er lagt opp slik at leverandørene skulle besvare de enkelte kolonnene i kravspesifikasjonen med J for «*Ja, kravet tilfredsstilles av leverandøren.*» eller N for

«Nei, kravet tilfredsstilles ikke av leverandøren.», og eventuelt komme med utfyllende informasjon til de ulike kravene.

- (36) Valgte leverandør svarte J i kolonnen for kravspesifikasjonens punkt 1, i tillegg til en kommentar i kolonnen for *«Eventuelt utfyllende informasjon fra leverandør»* om at *«Alle KOMPANs produkter oppfyller kravene til standardene og er TÜV-sertifiserte»*. Innklagede vurderte basert på denne informasjonen kravet som oppfylt.
- (37) Klager viser til at valgte leverandørs supplerende kommentar kan leses antitetisk ved at bare kravene i standardene, og ikke regelverkene nevnt i kravspesifikasjonens punkt 1, er oppfylt.
- (38) Klagenemnda bemerker at selv uten et slikt krav i kravspesifikasjonen ville leverandørene være forpliktet til å følge norsk lov, og det er i utgangspunktet ikke mulig å avtale seg vekk fra krav som følger av lov eller forskrift med mindre bestemmelsene åpner for det. Brudd på produktkontrollen, lekeplassforskriften og produktforskriften er straffesanksjonert, og det følger av lekeplassforskriften § 17 at det kun er to direktorater som kan gi unntak fra forskriftens krav. Det er ikke anført at det er gitt unntak her og nemnda legger det til grunn.
- (39) Valgte leverandør har i sitt tilbud uansett bekreftet oppfyllelse av kravet i tråd med retningslinjene i kravspesifikasjonen, og den supplerende kommentaren tilsier etter ordlyden ikke at det er tatt forbehold fra kravene i lekeplassforskriften.
- (40) Klager viser til at bildene i valgte leverandørs tilbud viser at flere av produktene er i bart metall og dermed i strid med kravet i lekeplassforskriften § 6 femte ledd.
- (41) Det følger av lekeplassforskriften § 6 femte ledd at *«Utstyr eller deler av metall som kan utgjøre en risiko for frostskafer, skal være behandlet eller dekket av materiale som isolerer mot kulde, slik at frostskafer unngås.»*
- (42) Klagenemnda viser også her til at leverandørene er forpliktet til å følge reglene i forskriften. Ut fra bildenes kvalitet og manglende kunnskap om bildenes funksjon, er det uansett ikke tilstrekkelige holdepunkter for at valgte leverandør tilbyr produkter med materialer som strider mot lekeplassforskriften § 6 femte ledd. Nemnda viser til at valgte leverandør har bekreftet oppfyllelse av kravet i kravspesifikasjonens punkt 1, og at bildene fremstår som illustrasjoner, og ikke som dokumentasjon på oppfyllelse av kravet. Det er også foretatt en lovlig avklaring jf. anskaffelsesforskriften § 23-5, der valgte leverandør har bekreftet at de oppfyller kravene.
- (43) Valgte leverandørs tilbud inneholder ikke et vesentlig avvik jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b, og klagers anførsler på dette punkt har ikke ført frem.

Tilbudsevalueringen

- (44) Klagenemnda skal videre vurdere om innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet miljø og bærekraft.
- (45) Klagenemnda kan prøve om evalueringen er gjort innenfor rammene av tildelingskriteriene, og om evalueringen er vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 44.

- (46) Nemnda viser her til at både tildelingskriteriet og dokumentasjonskravet relaterer seg til miljømerking/sertifisering. Det vises her for det første til at det fremgår uttrykkelig av selve tildelingskriteriet at vektleggingen, dvs. evalueringen, skulle skje på grunnlag av om tilbudte produkter var *«sertifisert/merket med miljømerkeordninger»*, jf. avsnitt 3. I tillegg fremgår det av dokumentasjonskravet at tilbyder i egen kolonne skulle merke av *«dersom produktet som tilbys er miljømerket»*, med angivelse av hvordan dette skulle dokumenteres, jf. avsnitt 4. Videre fremgår det av dokumentasjonskravet at det kun var leverandører som ikke hadde mulighet til å delta i merkeordninger innen tilbudsfristen, som kunne fremlegge *«alternativ dokumentasjon»*.
- (47) Videre følger det av konkurransegrunnlagets bestemmelser om hvordan evalueringen skulle skje, hvilke poeng ulike konkret angitte miljømerker ville gi, jf. avsnitt 5. Det understreker etter nemndas syn at det var miljømerkingen som skulle evalueres, og det understrekes også ytterligere ved at det avslutningsvis i retningslinjene for evalueringen er presisert at *«Leverandøren som tilbyr andre merker, har det juridiske ansvaret for å dokumentere at deres miljømerke kan anses likeverdig/tilsvarende med de merker som er spesifisert ovenfor»*.
- (48) Beskrivelsen av kriteriet, det tilhørende dokumentasjonskravet og beskrivelsen av hvordan evalueringen skulle skje, viser etter dette at angitte sertifiseringer og merkeordninger skulle være utgangspunktet for evalueringen under tildelingskriteriet miljø og bærekraft. Det skulle leveres slik dokumentasjon for alle tilbudte produkter, og det er presisert at det bare kan aksepteres annen dokumentasjon der det foreligger hindringer som ikke skyldes leverandørene selv.
- (49) Valgte leverandør har fremlagt miljødokumentasjon av typen ISO 14021 som innebærer en generell selvdeklart miljøprestasjon. Valgte leverandør har dermed ikke levert slik dokumentasjon som var etterspurt i konkurransegrunnlaget, og det kommer heller ikke frem at det er grunnlag for å levere alternativ dokumentasjon eller at den innleverte dokumentasjonen kan sammenlignes med de angitte sertifiseringene/merkeordningene. Innklagede har dermed gått utenfor rammene av tildelingskriteriet ved å gi valgte leverandør 0,5 poeng per produkt under tildelingskriteriet miljø og bærekraft. Tildelingen er dermed ulovlig.
- (50) Innklagede er forpliktet til å rette feilen ved å foreta en ny evaluering. For at en slik ny evaluering skal være lovlig, må innklagede forholde seg til de rammene tildelingskriteriet miljø og bærekraft stiller opp.
- (51) Feilen kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved evaluering av valgte leverandørs tilbud under tildelingskriteriet miljø og bærekraft.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur