



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Evaluerings- eller prismodell. Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Krav til ytelsen/teknisk spesifikasjon. Tildelingsevaluering.

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av forbruksmateriell. Klagerne anførte at innklagede hadde utformet et ulovlig konkurransegrunnlag, at det forelå feil ved tilbudsevalueringen, og at innklagede hadde benyttet en ulovlig metode for prissetting av avvik. Den ene klageren anførte at feilene medførte at innklagede pliktet å omgjøre tildelingsbeslutningen, og den andre klageren anførte at det forelå avlysningsplikt på grunn av feilene. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å unnlate å prissette avvik fra størrelseskrav på under 20 prosent. Da kontrakt ikke var inngått, kom nemnda til at innklagede hadde anledning til å rette denne feilen. Klagernes øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 5. november 2024 i forente saker 2024/1273 og 2024/1372

Klager: Maske AS og Lyreco Norge AS

Innklaget: Forsvarets logistikkorganisasjon FLO

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Hanne Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Forsvarets logistikkorganisasjon (heretter *innklagede*) kunngjorde 21. mars 2024 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for forbruksmateriell. Anskaffelsens verdi var estimert til 310 millioner kroner, med en øvre grense på 400 millioner kroner ekskl. mva. Rammeavtalens varighet var ett år, med mulighet for oppdragsgiver til å ensidig forlenge rammeavtalen i ytterligere tre år, maksimalt fire år. Tilbudsfrist var 7. mai 2024.
- (2) Rammeavtalen gjaldt produktgruppene renholdsprodukter, tørkeprodukter, desinfeksjonsprodukter, emballasjeprodukter, sanitærprodukter, cateringprodukter og kontormateriell. Det var angitt at brukerne av rammeavtalen var Forsvaret og Forsvarsmateriell, samt at Forsvarsdepartementet hadde opsjon til å tiltre rammeavtalen som bruker. Produktene skulle leveres til lokasjoner over hele landet. Det var også opplyst at innklagede hadde «en ensidig rett til å utvide eller redusere leveringsomfanget på produktnivå innenfor de ovennevnte produktgruppene».
- (3) Kontrakt skulle tildeles basert på tildelingskriteriene «Pris» vektet 70 prosent, og «Miljø» vektet 30 prosent. For begge kriterier skulle det fylles inn opplysninger i Vedlegg D - Prismatrise.
- (4) Følgende var opplyst om evaluering og evalueringsmodell for priskriteriet:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

«Poeng under tildelingskriterium pris beregnes på bakgrunn av tilbudte priser i Vedlegg D – Prismatrise. Evalueringen baserer seg på hvilken leverandør som oppnår lavest total evalueringssum.

Leverandørenes tilbudte pris per basisenhet multipliseres med estimert årlig forbruk per basisenhet for hvert produkt. Summen av hvert produkt vil deretter summeres til en total evalueringssum for alle produkter.»

- (5) Konkurransesgrunnlaget inneholdt også følgende veiledning til leverandørene om Vedlegg D - Prismatrise:

«Leverandøren skal besvare alle felter under «Fylles ut av leverandør» i Vedlegg D - Prismatrise under fanemarket «Matrise». [...] Oppdragsgiver vil foreta stikkprøver for å verifisere at tilbudte produkter oppfyller kravene i Vedlegg D – Prismatrise.»

- (6) I kolonne C i fanemarket «Matrise» i Vedlegg D – Prismatrise var det oppgitt krav til hvert enkelt produkt. For eksempel for varelinje 2.12 «Maskinoppvaskmiddel» var det i kolonne C angitt «4-6 kg, fast form, egnet for bruk med bløtt vann, egnet å koble til automatisk doseringsanlegg».

- (7) I fanemarket «Infoside» var det gitt veiledning til utfylling av matrisen samt rammer for inngivelse av priser:

«Av hensyn til effektiv implementering av A2-sortiment skal Leverandøren også oppgi underleverandørs rabatt i prosent til Leverandør for det aktuelle produktet i kolonne O. Se Vedlegg C - Pris- og betalingsbetingelser, punkt 4.

[...]

Priser skal oppgis i henhold til Vedlegg C – Pris- og betalingsbetingelser og Vedlegg E – Leveringsbetingelser.

[...]

Tilbudte priser blir evaluert per basisenhet uavhengig av oppgitt forpakkingsstørrelse.

Oppdragsgiver kan akseptere uvesentlige avvik på oppstilte krav så lenge dette ikke får konsekvenser for produktets egnethet»

- (8) Om historiske kjøp var følgende opplyst:

«Historiske kjøp er kun ment som veiledende informasjon til anbudskonkurransen. Tallene er basert på tidligere rammeavtale og gjelder for hele leveringsområdet på denne rammeavtalen, ekskludert sanitetsprodukter for menstruerende personer»

- (9) Av dokumentet «Vedlegg C – Pris- og betalingsbetingelser» fremgikk det følgende om sortiment:

«Produkter som er priset i Vedlegg D – Prismatrise anses som A1 sortiment. Produkter som inntas etter fremgangsmåten i punkt 4 anses som A2 sortiment. Alle øvrige produkter som faller inn under Rammeavtalens omfang, men som ikke anses som A1 eller A2 sortiment, anses som B-sortiment.»

- (10) Dokumentet inneholdt også flere definisjoner:

«2.2.1 Netto innkjøpspris

Den prisen Leverandøren betaler underleverandøren for produktet, ekskl. mva., ved det aktuelle tidspunkt i punkt 3.1, 3.2 eller 3.3, inkludert generelle og særskilt fremforhandlede rabatter, prisavslag, anbudsstøtte, nivåstøtte, og lignende som Leverandøren får av underleverandøren. Definisjonen gjelder både A1-, A2- og B-sortiment.

2.2.2. Netto kostpris

Den kostnad Leverandøren har ved produksjon av produktet, ekskl. mva., ved det aktuelle tidspunkt i punkt 3.1, 3.2 eller 3.3. Definisjonen gjelder både A1-, A2-, og B-sortiment.

2.2.3 Påslag

Påslaget, angitt i prosent, skal dekke alle Leverandørens kostnader utover netto innkjøpspris og netto kostpris, slik som, men ikke begrenset til, alle administrasjons-, logistikk-, og fraktkostnader. Dette inkluderer de tilfeller hvor produkt sendes direkte til Oppdragsgivers leveringssted fra underleverandør, og frakt fra underleverandøren frem til Leverandørens eget lager. Påslaget skal også dekke Leverandørens fortjeneste ved leveransen.

Angitt påslag i prosent i Vedlegg D – Prismatrise er i utgangspunktet en fast maksimalsats og gjelder for salg av alle produkter i kontraktperioden, uavhengig av om det omfattes av A1-, A2- eller B-sortiment. Leverandøren har alltid mulighet til å gi en lavere påslagsprosent i rammeavtaleperioden.»

- (11) Om pris for produkter til oppdragsgiver var følgende opplyst:

«3.1 Priser A1-sortiment

Prisene for A1-sortiment følger av Vedlegg D – Prismatrise ved tilbudstidspunkt. Netto innkjøpspris/kostpris ved tilbudslevering er den maksimale netto innkjøpsprisen/kostprisen for avtaleperioden, og kan kun justeres etter prisreguleringer i henhold til punkt 8, 9 og 10.

3.2 Priser A2-sortiment

Priser for A2-sortiment skal etableres i henhold til punkt 4. Den avtalte netto innkjøpsprisen/kostprisen som Leverandøren presenterer Oppdragsgiver etter endelig prisforhandling per produkt i henhold til punkt 4.1 og 4.2 er maksimalpris for avtaleperioden, og kan kun justeres etter prisreguleringer i henhold til punkt 8, 9 og 10.»

- (12) Om etablering av A2-sortiment var følgende opplyst i punkt 4.1:

«Ved oppstart av Rammeavtalen skal Leverandør, på bakgrunn av Oppdragsgivers innspill, presentere en liste over hvilke produkter som anbefales å inkludere i A2-sortimentet.

Dersom Oppdragsgiver godtar listen, gjelder følgende:

Hvis det foreslåtte produktet i A2-sortimentet har samme underleverandør som et produkt i A1-sortimentet, skal produktene i A2-sortimentet ha samme rabatt i prosent som påvirker netto innkjøpspris for A2-sortimentet som produkter med samme underleverandør i A1-sortimentet hadde på tilbudstidspunktet. Ved ulik rabatt fra samme underleverandør, skal høyeste rabatt gjelde. Med rabatt menes alle former for rabatter som Leverandøren er kjent med før salg av produktet, herunder generelle og særskilt fremforhandlede rabatter, prisforslag, anbudsstøtte, nivåstøtte og lignende.

[...]

Etter at produkter og prisforslag er presentert for Oppdragsgiver, vil Oppdragsgiver ta stilling til om produktet skal inkluderes i A2-sortimentet. Det er Oppdragsgiver som bestemmer om et produkt skal inkluderes i A2-sortimentet. Med dette forstås at Leverandør ikke kan bestemme at et produkt skal inkluderes i A2-sortimentet.»

- (13) I punkt 7 var det inntatt opplysninger om «Redegjørelse for, og fordeling av, etterfølgende tilbakeføringer»:

«Etter 1. januar, og innen 28. februar hvert år, skal Leverandøren, basert på totalt uttak fra Oppdragsgiver, sende en skriftlig redegjørelse over hvilke kvantumsrabatter, kickbacks og lignende etterfølgende tilbakeføringer som har blitt realisert på bakgrunn av salg til Oppdragsgiver i løpet av det foregående året. Ettersom slike etterfølgende tilbakeføringer ikke kan beregnes før det er gjort kjøp over Rammeavtalen må oppgjøret gjøres i etterkant for både A1-sortiment, og etter etablering av A2-sortiment.

[...]

Dersom den samlede prosentsatsen eller prosentsatsen per produkt er lavere enn 3 %, skal summen prosentsatsen tilsvare krediteres oppdragsgiver direkte. Dersom prosentsatsen er høyere enn 3 % deles summen prosentsatsen tilsvare likt mellom Oppdragsgiver og Leverandør.

Ved oppsigelse av Rammeavtalen, eller ved Rammeavtalens utløp, skal Leverandøren levere en siste redegjørelse etter 1. januar og innen 28. januar det påfølgende året.»

- (14) I forkant av tilbudsfristen mottok innklagede en rekke spørsmål til konkurransen som ble svart ut. Flere av spørsmålene gjaldt pris- og betalingsbetingelsene.
- (15) I spørsmål 3 var det henvist til pris- og betalingsbetingelsene punkt 4.1, og det ble blant annet stilt spørsmål ved hvordan dette punktet skulle forstås. Til dette svarte innklagede:

«Oppdragsgiver har lagt til grunn at etterskuddsvis tilbakeføringer, eksempelvis kickbacks, ikke er noe som leverandøren kan beregne at de vil få før vilkår for tilbakeføringer er oppnådd. Dette er en rammeavtale uten kjøpsplikt, og Oppdragsgiver kan derfor ikke se hvordan tilbakeføringer som beregnes av et gitt uttak kan trekkes fra før kjøp er gjennomført. Dersom leverandøren vet at de uansett vil få et slikt fratrekk vil det være å regne som en rabatt de kjenner til allerede før salg.

Det er summen av alle betingelser som leverandøren er kjent med før salg av produktet som utgjør det Oppdragsgiver her kaller «rabatt». Dette utelukker kickbacks og lignende etterskuddsvis tilbakeføringer.»

(16) Spørsmål nummer 17 var:

«Spørsmål Vedlegg C, punkt 2.1-2.2 samt punkt 7:

Er det riktig å forstå beregningen av innkjøpspris slik at alle faste rabatter fra våre leverandører skal inkluderes, og at det kun er rabatter som ikke er forutberegnelige som skal holdes utenfor - og som skal fordeles i henhold til føringene i punkt 7? For eksempel, når man kjøper inn varen til kroner 100 og mottar 5% anbudsstøtte samt en fast rabatt på 10% fra underleverandøren i etterkant. I tillegg oppnår man 2% rabatt basert på volummål. I dette tilfellet skal både 5% og 10% trekkes fra fakturaprisen for å beregne innkjøpspris, mens 2% beregnes i henhold til punkt 7. Vi ønsker en bekreftelse på at dette er korrekt forståelse.

(17) Til dette svarte innklagede:

«Det er riktig forståelse. Se også svar på spørsmål nr. 3.»

(18) Spørsmål 22 henviste også til punkt nummer 7 i pris- og betalingsbetingelsene om etterfølgende tilbakebetalinger, og lød slik:

«Vi ønsker å påpeke at dette ikke vil kunne avdekke det mest økonomiske tilbudet, og vil dermed være brudd på forutberegneligheten.

Vi vil illustrere dette ved et eksempel: 2 tilbydere har fått akkurat like høy score på miljø. Tilbyder A har gitt et tilbud på 49 000 000 kroner, mens tilbyder B har gitt et tilbud på 50 000 000 kroner. Dette resulterer naturligvis i at Tilbyder A får tildelt kontrakten.

Det viser seg imidlertid at når oppgjøret etter kick-back gjennomføres påfølgende år, vil tilbyder A måtte betale 1 000 000 kroner til oppdragsgiver, dette betyr at netto pris for Oppdragsgiver vil være 48 000 000. Samtidig viser det seg at Leverandør B, dersom denne ble valgt, ville gitt Oppdragsgiver 2 500 000 kroner i kickback, dette ville da ført til at netto pris for Oppdragsgiver fra Leverandør B ville vært 47 500 000 kroner.

Med andre ord, ved å velge Leverandør A ender Oppdragsgiver med en totalpakke som reelt er 500.000 kroner dyrere enn det som kunne vært oppnådd. For at en slik problemstilling ikke skal oppstå, oppfordrer vi Oppdragsgiver til å gå vekk fra hele punkt 7, og heller ha et krav om at samtlige produkter som tilbys i konkurransen (være seg A1, A2 eller B sortimentet) skal behandles fra nettonetto, med alle kjente støtter, kickbacks, bonuser og lignende trukket fra i kostprisen som danner grunnlag for pris i konkurransen.»

(19) Til dette svarte innklagede:

«Som nevnt i svaret på spørsmål nr. 3 over er ikke etterskuddsvis tilbakeføringer noe leverandøren kan beregne før kjøp er gjennomført. Dette er en rammeavtale som ikke medfører kjøpsplikt for Oppdragsgiver, hvilket medfører at det vil være vanskelig/umulig å beregne eksempelvis kickbacks i forkant, ettersom vi ikke forplikter oss til et volum. Tallene som benyttes i Vedlegg D er estimer basert på historiske tall og/eller forventet fremtidig bruk, og de kan ikke benyttes for å beregne etterskuddsvis tilbakeføringer. Etterskuddsvis tilbakeføringer kan derfor ikke tas hensyn til i evalueringen av konkurransen.»

- (20) I spørsmål 29 var det vist til spørsmål 22, og inneholdt en oppfordring til innklagede om å endre punkt 7 i pris- og betalingsbetingelsene. Det var i den forbindelse tatt inn to eksempler på forskjellige typer rabatter:

«1. Avtalefestede bonuser og lignende kickbacks som gjelder fra første krone, og vil generere en fast sats på alt salg hos en leverandør.

2. Avtalefestede bonuser og lignende kickbacks som er avhengig av volum og/eller trinnvise volumstiger, som ikke nødvendigvis gir noen utbetaling om ikke gitte krav er oppfylt»

- (21) Til dette svarte innklagede:

«Det skrives i spørsmålet at «bonuser/kickbacks som er avtalefestet etter modellen i punkt 1 over, er kjent på tilbudstidspunktet og den prosentvise uttellingen dette vil gi er den samme uavhengig av oppnådd volum.» Slik Oppdragsgiver forstår denne informasjonen er dette en rabatt som leverandøren er kjent med allerede før salg, og dermed en rabatt som skal være inkludert i innkjøpsprisen.

Hva leverandøren velger å kalle denne typen rabatt er ikke avgjørende. Det er når rabatten er kjent for leverandøren som er avgjørende. Slik Oppdragsgiver forstår spørsmålet vil ikke modell nr. 1 innebære en etterskuddsvis tilbakebetaling som faller inn under Vedlegg C punkt 7, men en rabatt som skal inkluderes i innkjøpsprisen og som derfor hensyntas i tilbudsevalueringen.»

- (22) Spørsmål 31 var om det skulle inngå i vurderingen at kjøp av tjenester eller lignende av leverandør fra produsent av forskjellige grunner ble kalt for eksempel bonus, men i realiteten ikke var det. Til dette svarte innklagede:

«Tilbakeføringer etter Vedlegg C punkt 7 skal være realisert på bakgrunn av salg til Oppdragsgiver.

Det er ikke avgjørende hva en leverandør velger å kalle tilbakebetalingen/bonusen.

Det er leverandøren selv som skal sende en skriftlig redegjørelse for hvilke etterfølgende tilbakeføringer som er realisert på bakgrunn av salg til Oppdragsgiver. Dersom tilbakeføringer baserer seg på noe utover salg til Oppdragsgiver, herunder eksempelvis tjenester fra leverandør til produsent, kan dette holdes utenfor.»

- (23) Spørsmål 34 lød:

«Spørsmål 17 som ble avklart 9. april antyder at tilbyder mener å kunne vite eksakt hvor mye kickback som er sikret («kjenner til») fra en leverandør i en 4 års periode frem i tid, og problematiserer med dette Oppdragsgivers vilkår 2.1 og 2.2 ytterligere. Som følge av dette har vi noen oppfølgingsspørsmål:

- a) Hvilken type dokumentasjon vil Oppdragsgiver anse som tilstrekkelig for at denne type «sikret» kickback benyttes for å redusere innkjøpspris pr produkt i konkurransen?*
- b) Hvordan vil Oppdragsgiver sørge for at dette blir dokumentert tilstrekkelig av tilbyder i anbudsfasen og avtalefasen?*

- c) *Hvordan vil Oppdragsgiver sanksjonere valgt leverandør hvis det i avtaleperioden avdekkes at benyttede innkjøpspriser i anbudsfasen er feil, som følge av at benyttet kickback/rabatt i konkurransen er feil?*
- d) *Hvordan vil Oppdragsgiver agere hvis det i avtaleperioden avdekkes at valgt leverandør sine benyttede innkjøpspriser i anbudsfasen er for lave, som følge av at benyttet prisreduserende kickback er for høy, og således at konkurransen muligens er vunnet på feil premisser.*

(24) Innklagede besvarte spørsmålet slik:

«A: Oppdragsgiver vil i anbudsfasen ikke etterspørre dokumentasjon på netto innkjøpspris/kostpris og rabatt, herunder hva som ligger bak rabatten som eventuelt tilbys i prismatrisen. Så lenge det foreligger en rabatt som leverandøren er kjent med at den vil få uavhengig av salg skal denne være inkludert i innkjøpsprisen i tilbudet.

B: I anbudsfasen er dokumentasjonen den prismatrisen som tilbyderne leverer.

I avtalefasen har Oppdragsgiver en innsynsrett som gir mulighet til å kontrollere innkjøpsprisene ved å etterprøve dokumentasjon oversendt fra leverandøren, jf. Generelle kontraktsbestemmelser punkt 4.5

C: Oppdragsgiver presiserer at leverandørene er forpliktet til å overholde rammeavtalens betingelser.

Dersom leverandøren omgår avtalens prismekanismer vil dette i avtalefasen kunne være et vesentlig mislighold som gir grunn til å heve avtalen.

Oppdragsgiver kan ikke på nåværende tidspunkt si noe eksakt om hvordan dette vil sanksjoneres, ettersom det i et slikt tilfelle må gjennomføres en helhetsvurdering ut fra de faktiske forhold som foreligger.

D: Se svaret på «C» over.»

- (25) Også i spørsmål 40 ble det gitt svar som gjaldt etterskuddsvis tilbakebetaling. Her var spørsmålet hva leverandørene skulle gjøre med eventuell ekstra anbudsstøtte dersom leverandøren i kontraktsperioden forhandler med produsenten for ytterligere anbudsstøtte på A1-sortiment, og fikk dette. Til dette svarte innklagede at det etter pris- og betalingsbestemmelsene ikke kunne forhandles om reduksjon i innkjøpsprisene, og at det kun var åpnet for prisjusteringer ved indeksregulering, valutaregulering og midlertidig prisjustering som følge av ekstraordinære prisøkninger. Det ble også presisert følgende:

«Dersom den «ekstra anbudsstøtten» i realiteten er en etterskuddsvis tilbakebetaling som er realisert på bakgrunn av salg til Oppdragsgiver skal den fordeles i henhold til Vedlegg C punkt 7».

- (26) Spørsmål 38 og 39 var om innklagede ville godta produkter som ikke oppfylte kravene i prismatrisen kolonne C. Til dette svarte innklagede:

«Det er presisert i Vedlegg D – Prismatrise på faneark «Infoside» at Oppdragsgiver kan akseptere avvik på oppstilte krav så lenge dette ikke får konsekvenser for produktets egnethet.

[...]

Dersom det tilbys produkter som avviker fra anskaffelsesdokumentene vil Oppdragsgiver gjøre en vurdering av det konkrete avviket, og hvilke konsekvenser dette eventuelt vil få.»

- (27) Innklagede mottok tilbud fra tre leverandører før tilbudsfristens utløp, fra Norengros AS, Lyreco Norge AS og Maske AS.
- (28) Den 27. juni 2024 meddelte innklagede at kontrakt var tildelt Norengros AS. Norengros AS hadde oppnådd totalt 8,50 poeng, Lyreco Norge hadde oppnådd 8,47 poeng og Maske AS hadde oppnådd 7,40 poeng.
- (29) Om evaluering av pris var det opplyst at innklagede hadde gjennomført en avviksprising for produkter som ikke tilfredsstilte kravene som var stilt til produktets egenskaper i kolonne C. Leverandørene hadde derfor fått et pristillegg i evalueringssummen basert på avviksprisingen. Det var opplyst at Norengros AS hadde avvik på ett tilbudt produkt, Lyreco Norge AS hadde avvik på 12 tilbudte produkter, og Maske AS hadde avvik på tre tilbudte produkter.
- (30) Det var opplyst følgende om avvik fra oppgitt spenn eller størrelsesangivelse:

«For flere produktnummer i Vedlegg D – Prismatrise var det satt opp krav til produktets egenskaper i form av et oppgitt intervall, et spenn, eller ved annen størrelsesangivelse. Eksempelvis «1,2 til 1,6 liter», «20 my» og «10-20 stk».

For å sikre at avvik fra slike krav ble behandlet likt for alle tilbyderne, ble det før tilbudsfrist lagt til grunn en godkjent terskel for avvik. Oppdragsgiver godtok inntil +/- 20 % avvik fra etterspurt spenn eller størrelse, og produkter som avvek mer enn dette ble ansett som avvikende produkter som var gjenstand for avviksvurdering. Oppdragsgiver anser valg av godkjent terskel for avvik fra spenn eller størrelsesangivelse til ikke å påvirke produktets egnethet.»

- (31) Det var videre opplyst at innklagede hadde gjennomført en vurdering av avvikene og kommet til at ingen av avvikene utgjorde vesentlige avvik, verken hver for seg eller samlet. Det var også opplyst at det var gjennomført avviksprising av avvikene.
- (32) Om hvordan avviksprisingen var gjennomført var følgende opplyst:

«Valgt metode for avviksprising for denne konkurransen var å legge til grunn høyeste tilbudte evalueringssum for den aktuelle varelinjen (innkjøpspris pluss påslag, delt på antall basisenheter i tilbudt enhet og multiplisert med estimert forbruk), samt et risikotillegg på 30 % for å ta høyde for eventuelle ytterligere merkostnader som vil påløpe gjennom å anskaffe produktet via alternative metoder.

Etter å ha gjennomgått produktene som inneholdt avvik har FLO sett at det jevnt over vil bli en merkostnad for Oppdragsgiver å få produkter med den opprinnelige etterspurte kvaliteten dersom dette må kjøpes av andre leverandører eller avtaleleverandør. Produktene kan være dyrere, de kan være uten eller med en lavere rabatt enn den tilbudte, det kan forekomme ekstra fraktkostnader fra andre leverandører, og det vil gi administrative kostnader blant annet i form av merarbeid for Oppdragsgiver. Oppdragsgiver har funnet det mest forsvarlig å legge til grunn et felles risikotillegg for alle avviksproduktene, og det er vurdert til å utgjøre 30 %.

Risikotillegget legges til for å sørge for at avviksprisingen tar høyde for den maksimale merkostnaden, og for at leverandøren med avvik ikke skal sitte igjen med en fordel av å tilby et avvikende produkt. Det ivaretar også hvor sentralt avviket er, som følge av at det beregnes av evalueringssummen per varelinje. Tillegget blir på den måten større for produkter som kjøpes inn i et stort omfang, og omfanget gjenspeiler produktenes, og derav avvikenes, viktighet.

Denne metoden ble ansett for å være saklig og forsvarlig fordi det ved avviksprisingen ikke ble tatt utenforliggende hensyn og den valgte metoden medførte ikke forskjellsbehandling av tilbyderne.»

- (33) Maske AS påklaget tildelingsbeslutningen den 5. juli 2024. Innklagede besvarte klagen den 8. juli 2024, og tok den ikke til følge.
- (34) Den 6. august 2024 påklaget også Lyreco Norge AS tildelingsbeslutningen. Innklagede besvarte klagen 9. september 2024, og tok heller ikke denne klagen til følge.
- (35) Klage fra Maske AS ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 19. august 2024. Den 16. september 2024 mottok klagenemnda også klage fra Lyreco Norge AS.
- (36) Nemndsmøte ble avholdt 28. oktober 2024.

Anførsler:

Maske AS har i det vesentlige anført:

- (37) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme et ulovlig uklart konkurransegrunnlag. Utformingen av priskriteriet er ulovlig uklart. Det mangler en klar definisjon og bindende premisser relatert til begrepene «rabatt» til fratrekk i evaluert fakturapris, og på den andre siden «etterfølgende tilbakeføringer» som ikke går til fratrekk i endelig evaluert fakturapris. Det foreligger mange tolkningsalternativer for dette, som kan ha blitt lagt til grunn av tilbyderne. Vanskelighetene med priskriteriet ble påpekt overfor innklagede flere ganger i forkant av tilbudsfristen, uten at dette ble gjort noe med.
- (38) Innklagedes henvisning til *når* en tilbyder kjenner til en rabatt, medfører ikke at konkurransegrunnlaget er klart. Det foreligger fortsatt praktiske utfordringer med for eksempel hvor sikker estimatet på rabatten må være. Dette gjelder både med hensyn til omfang og til overføringsverdi til etablering av A2-sortimentet. Innklagedes tolkning har ikke holdepunkter i en objektiv tolkning av konkurransegrunnlaget.
- (39) For det andre sikrer ikke priskriteriet at det totalt sett laveste tilbudet gis høyest uttelling i evalueringen. Når det er åpnet for etterfølgende tilbakeføringer, vil dette kunne føre til at et av tilbudene som ikke er evaluert som lavest, reelt sett er det laveste for avtaleperioden. En slik evalueringsmodell favoriserer også tilbydere som benytter underleverandører med minimal eller ingen leverandørbonus og tilsvarende anbudsstøtte. I tillegg kan forskjellige produktkategorier hos samme underleverandør ha ulike rabatt- og støttenivåer. Når høyeste rabatt fra underleverandør skal gjelde for samtlige produkter i A2-sortimentet for produkter fra samme underleverandør, vil ikke denne underleverandøren gå med på å gi like høye rabatter som vanligvis kunne vært gitt for enkelte produkter.

- (40) Videre har innklagede brutt regelverket ved avvikshåndteringen under priskriteriet. Fremgangsmåten for prissetting er ikke opplyst om i konkurransegrunnlaget, og er i strid med opplysningene oppgitt i konkurransegrunnlaget om at det ville bli gjennomført en individuell vurdering. Selv om påslaget på 30 prosent gir ulikt utslag basert på produktenes verdi, hensyntar ikke dette selve graden av avviket knyttet til det enkelte produktet. Forpliktelsen til å prissette avvik er ufravikelig i den forstand at oppdragsgiver aldri kan fraskrive seg plikten til å foreta en individuell og konkret vurdering av ethvert avvik. Dette utelukker også at det kan benyttes en standardisert metode.
- (41) Dersom risikotillegget på 30 prosent ivaretok hvor sentralt ethvert avvik er, måtte alle avvikene i alle tilbudene vært sammenfallende i omfang og konsekvens, noe de ikke er. Noen av avvikene som er prissatt ligger tett opp til den aksepterte terskelen på størrelsesavvik på 20 prosent, og andre er så omfattende at innklagede har måttet ta høyde for kostnaden ved å kjøpe erstatningsprodukter for å få etterspurt kvalitet. Dette er i strid med likebehandlingsprinsippet, og gir leverandører med større avvik en konkurransefordel.
- (42) Terskelen på 20 prosent for størrelsesavvik er også så stor at den får direkte innvirkning på valg av produkter i tilbudene. Dersom Maske AS var kjent med terskelen på 20 prosent og risikopåslaget på 30 prosent, ville det vært tilbudt andre produkter for flere av varelinjene.
- (43) Feilene medfører avlysningsplikt. Priskriteriet er vektet med 70 prosent, og det er utvilsomt at feilene som er redegjort for over har betydning for resultatet. Det kan heller ikke utelukkes at feilene har betydning for deltakelse i konkurransen, særlig tatt i betraktning den ubalanserte risikofordelingen mellom leverandør og oppdragsgiver med hensyn til etablering av A2-sortimentet.

Lyreco Norge AS har i det vesentlige anført:

- (44) Innklagede har plikt til å omgjøre tildelingsbeslutningen, da beslutningen er gjort i strid med forskriften. Innklagede har lagt til grunn at Lyrecos tilbud inneholder 12 avvik som er avviksvurdert, ved at tilbudt produkt ikke oppfyller kravene til produktets egenskaper. Åtte av disse utgjør ikke avvik, og skulle ikke vært prissatt. Fem av produktene overoppfyller kravene, eller ligger svært tett på den godkjente terskelen. Ett av produktene er med en annen lukkemekanisme, men dette påvirker ikke produktets egenskaper. Disse produktene kan derfor ikke utgjøre avvik. En av varelinjene etterspør et utgått produkt, og det må derfor være anledning til å tilby annet produkt uten at det anses som avvik. Uten pristillegget ville vårt tilbud vunnet, og innklagede plikter derfor å omgjøre tildelingen.
- (45) Innklagede har brutt regelverket og føringene i konkurransegrunnlaget ved ikke å gjennomføre en konkret vurdering av samtlige avvik. Størrelsesavvik vil kunne ha stor betydning for enkelte varelinjer, og være ubetydelig for andre. Konkurransegrunnlaget skapte en forventning hos leverandørene om at ubetydelige avvik ville bli godtatt. Å fastsette en terskel på 20 prosent for å avgjøre om avvik fra størrelseskrav er å anse som ubetydelige eller ikke, er i strid med konkurransegrunnlaget, og dermed ikke forutberegnelig. Det forhindrer også at det gjennomføres en konkret vurdering. Innklagede presiserte i tildelingsbrevet at avvikene utgjør mindre avvik som ikke har betydning for leveransen, og at innklagede får dekket sitt behov til tross for avvikene.

- (46) Prissettingen av avvikene er for høy. Det er tale om mindre avvik, som ikke påvirker produktets egnethet, innklagedes behov eller overskrider vesentlighetsterskelen. Metoden for prissetting innebærer at det ikke er gjort en konkret vurdering av avvikene. Den er heller ikke saklig og forsvarlig. Dersom klageren var klar over at helt uvesentlige avvik ville bli straffet med et så høyt standardisert tillegg, ville vi tilbudt helt andre produkter fra varesortimentet.
- (47) Risikotillegget på 30 prosent er problematisk av flere grunner. Det medfører ikke likebehandling av avvikene, og det er usannsynlig og mangler begrunnelse for at innklagede vil måtte kjøpe produktene andre steder. Lyreco Norge AS har ikke oppnådd konkurransefortrinn ved å tilby avvikende produkter, men har benyttet seg av det handlingsrommet som lå i konkurransegrunnlaget. Videre er pristillegget altfor høyt. Vårt tilbud har fått et tillegg på omtrent 2,3 millioner kroner. Den reelle merkostnaden er på omtrent 900 000 kroner. Dersom denne summen ble lagt til grunn, ville vårt tilbud vunnet konkurransen. I tillegg vil administrative kostnader og fraktkostnader være de samme uavhengig av prisen på det aktuelle produktet, mens risikopåslaget vil få et helt annet utslag på et dyrt produkt enn på et billig produkt. Det er derfor ikke gjort en konkret vurdering.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (48) Det bestrides at regelverket er brutt. Tildelingskriteriet er ikke uklart. Det fremgår klart av instruksjonsfanen i prismatrisen hvordan prisene skulle oppgis, og at dette skulle gjøres i henhold til pris- og betalingsbetingelsene og leveringsbetingelsene. Av pris- og leveringsbetingelsene fremgår det at produktene skal prises etter modellen netto innkjøpspris/netto kostpris pluss påslag, og nærmere hva som menes med de ulike begrepene. Det er ikke uklart hva som menes med «rabatt» til fratrekk i evalueringspris, og «etterfølgende tilbakeføringer». Det fremgår klart og tydelig at sistnevnte ikke skal inngå som en del av rabattene som er inkludert i netto innkjøpspris. Om det er usikkerhet rundt om en rabatt eller lignende vil inntreffe på bakgrunn av oppdragsgivers kjøp eller ikke, er dette et forhold som skal medregnes i eventuelle etterfølgende tilbakeføringer.
- (49) Tildelingskriteriet har tilstrekkelig tilknytning til leveransen, og evalueringsmodellen er egnet til å utpeke det beste tilbudet. At det foreligger en kontraktsrettslig plikt for etterfølgende tilbakeføringer, basert på volum solgt til oppdragsgiver, medfører ikke at priskriteriet mangler tilknytning til leveransen. Det er A1-sortimentet som er relevant i vurderingen av tildelingskriteriet. Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å ta hensyn til samtlige priselementer i evalueringen, og hva som inngikk i evalueringen var klart angitt. Det er konkurranseutsatt et representativt utvalg produkter som gir oppdragsgiver grunnlag for å sammenligne tilbyderens prisnivå. Ytterligere vil en leverandør som velger å legge inn høyere og hyppigere rabatter i prisskjemaet, i stedet for å tilby ingen rabatt, ende opp med en lavere total evalueringssum og samtidig gi bedre betingelser for produkter som skal inn i A2-sortimentet. Poengmodellen er derfor egnet til å avdekke sterke og svake sider ved det enkelte tilbudet.
- (50) Det foreligger ikke brudd på regelverket ved prissettingen av avvikene. Den felles terskelen for avvik fra intervaller oppgitt i spenn, eller andre størrelsesangivelser, var nødvendig for å sikre lik behandling av tilbudene, og at tilbudene var sammenlignbare. Selv om 20 prosent er en fast terskel, vil den variere i anvendelsen opp mot de konkrete produktene. Terskelen ble fastsatt i forkant av tilbudsfristen. Grensen ble satt på 20 prosent for å ivareta de ulike kravene som var stilt i konkurransegrunnlaget. Dette

ivaretok både oppdragsgivers behov og leverandørenes mulighetsrom, ved at det kunne tilbys flere produkter. En høyere terskel ville gitt uheldige utslag og medført at det måtte godtas produkter som i stor grad avvok fra det opprinnelige behovet. En høyere terskel vil også føre til at det er vanskeligere å sammenligne tilbudte produkter, for eksempel fordi prisen påvirkes av forpakkingsstørrelsen. Uansett hva godkjent terskel for avvik er, og at enkelte avvik kunne godtas, vil en tilbyder ta en risiko ved å tilby et produkt som avviker fra kravene i konkurransegrunnlaget.

- (51) Metoden for avviksprising ble fastsatt etter en vurdering av de avvikene som forelå, og metoden utelukker ikke at det er gjort en konkret vurdering av hvert enkelt avvik. Det er gjort en saklig og forsvarlig vurdering av hva et slikt avvik maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver. Det ligger i stor grad til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å prissette avvik. Prissettingen må likevel ikke medføre forskjellsbehandling av leverandørene, herunder at ingen får en konkurransefordel. Derfor måtte det påses at avvikene ble prissatt verken for høyt eller for lavt.
- (52) Som opplyst i tildelingsbrevet, har innklagede vurdert om de aktuelle avvikene var vesentlige, og da dette ikke var tilfellet, ble det vurdert om det var mulig å prise avviket, hvilken økonomisk betydning avviket maksimalt vil kunne ha, og om avviksprisingen i tilstrekkelig grad ivaretok avvikets innvirkning på konkurransen mellom leverandørene. Metoden er ikke standardisert da den ble foretatt ut fra hvilken varelinje det gjaldt, hvilket produkt som var tilbudt på den konkrete varelinjen, og hvilken pris den hadde. I tillegg ble viktigheten av og størrelse på avviket ivaretatt ved at risikopåslaget ble beregnet av evalueringssummen, altså ut ifra det estimerte omfanget til det konkrete produktet. Produkter som hadde et høyt estimat, ble derfor totalt sett prissatt høyere enn produkter med mindre omfang. Slik ble produktenes, og avvikenes, viktighet ivaretatt.
- (53) Den standardiserte metoden for prissetting av avvik i denne saken gir alle leverandører lik reaksjon, og dermed får ingen en konkurransefordel. Slik sikres likebehandling av avvikene, da det er like tilfeller som skal behandles likt. At det forekommer større eller mindre avvik kan ikke anses å gi en leverandør en konkurransefordel, så lenge avviket ikke er vesentlig ligger det innenfor de grunnleggende prinsippene og oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å fastsette den nærmere prissettingen. Den prismessige konsekvens av et individuelt avvik vil umulig kunne beregnes helt eksakt, og det kan heller ikke forventes. Man kan heller ikke være kjent med om tilbyderne faktisk kan levere et produkt innenfor de oppstilte kravene for de varelinjer hvor det er tilbudt avvikende produkter. Da må det legges til grunn at man må kjøpe dette fra en annen leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (54) Klagerne har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale for forbruksmateriell som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 400 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.

Ulovlig tildelingskriterium

- (55) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har utformet et ulovlig tildelingskriterium.

- (56) Maske AS har for det første anført at tildelingskriteriet «*Pris*» er ulovlig uklart.
- (57) EU-domstolen har i sin praksis slått fast at konkurransegrunnlaget, herunder tildelingskriteriene, skal utformes klart, presist og utvetydig, slik at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører forstår kriterienes nøyaktige innhold, og fortolker dem på samme måte, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*, premiss 44 og C-19/00 *SIAC Construction*, premiss 42. Dette innebærer at tildelingskriteriene, sammen med konkurransegrunnlaget for øvrig, gir korrekt og tilstrekkelig informasjon om anskaffelsen og forhold som har betydning for utforming av tilbudene. Klarhetskravet innebærer imidlertid ikke at vurderingstemaet må være endelig avgrenset. Det er lovlig å angi et tildelingskriterium som forutsetter en viss tolkning.
- (58) Maske AS anfører at tildelingskriteriet «*Pris*» er ulovlig uklart, fordi konkurransegrunnlaget ikke inneholder noen klar definisjon eller bindende premisser relatert til begrepene «*rabatt*» til fratrekk i evaluert evalueringspris, og «*etterfølgende tilbakeføringer*» som ikke går til fratrekk i endelig evaluert evalueringspris. Etter klagerens syn kan det ikke være tilstrekkelig å vise til tidspunktet når en leverandør kjenner til en rabatt eller kickback, fordi dette ikke alene løser utfordringer i forhold til for eksempel hvor sikkert selve estimatet på rabatten må være.
- (59) For evaluering av tildelingskriteriet «*Pris*» skulle leverandørene fylle ut Vedlegg D – Prismatrise. Varelinjene i prismatrisen utgjorde A1-sortimentet, og det var de tilbudte prisene for disse varelinjene som ville være grunnlag for evalueringssummen under tildelingskriteriet. Et av feltene leverandørene skulle fylle inn var «*Innkjøpspris per tilbudt enhet*». I Vedlegg C – Pris- og betalingsbetingelser var netto innkjøpspris definert som den «*prisen Leverandøren betaler underleverandøren for produktet, ekskl. mva., ved det aktuelle tidspunkt i punkt 3.1, 3.2 eller 3.3.*». Punkt 3.1, 3.2 og 3.3 gjaldt henholdsvis «*Priser A1-sortiment*», «*Priser A2-sortiment*» og «*Priser B-sortiment*». For A1-sortimentet var det i punkt 3.1 opplyst at dette gjaldt prisene «*ved tilbudstidspunkt*».
- (60) Punkt 7 i pris- og betalingsbetingelsene inneholdt opplysninger om etterfølgende tilbakeføringer. Dette er sitert i avsnitt 13. Ifølge dette punktet skal leverandøren som det inngås kontrakt med, årlig sende en skriftlig redegjørelse over hvilke «*kvantumsrabatter, kick-backs og lignende etterfølgende tilbakeføringer som har blitt realisert på bakgrunn av salg til Oppdragsgiver i løpet av det foregående året*». Videre var det presisert at fordi «*slike etterfølgende tilbakeføringer ikke kan beregnes før det er gjort kjøp over Rammeavtalen må oppgjøret gjøres i etterkant for både A1-sortiment, og etter etablering av A2-sortiment.*»
- (61) Innklagede mottok flere spørsmål om forståelsen av blant annet punktene 2.1, 2.2 og 7, som ble svart ut i forkant av tilbudsfristen. Spørsmålene, og innklagedes svar på dem, er gjengitt i avsnitt 15 til 26 ovenfor. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at slike svar må likestilles med opplysninger i selve konkurransegrunnlaget, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2021/351, avsnitt 30 med videre henvisning.
- (62) Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, og etterfølgende svar på spørsmål til konkurransegrunnlaget, fremgår det klart hvilke typer rabatter eller lignende som skulle trekkes fra innkjøpsprisen, og hvilke rabatter som skulle håndteres som en etterfølgende tilbakebetaling. Leverandørene skulle skille på rabatter eller lignende som ville gi fratrekk i innkjøpsprisen, og som man visste utslaget av allerede på tilbudstidspunktet, og rabatter som ble opparbeidet i løpet av avtaleperioden, og som var avhengig av faktiske

kjøp fra innklagede. Det førstnevnte, av partene omtalt som «*rabatt*», skulle trekkes fra innkjøpsprisen som ble tilbudt i prisskjemaet. Det sistnevnte, omtalt av partene som «*etterfølgende tilbakeføringer*», skulle regnes ut og gjøres opp årlig etter hvert som avtalen løp.

- (63) Innklagede har også gjennom svar på flere spørsmål presisert hvordan konkurransegrunnlaget var å forstå på dette punkt. Det vises her særlig til innklagedes svar på spørsmål 3 og 17. Ytterligere presiserte også innklagede gjennom svar på spørsmålene at etterfølgende tilbakeføringer ikke kunne hensyntas i evalueringen fordi det ikke var mulig å vite om det ville være grunnlag for dette, ettersom avtalen ikke innebar kjøpsplikt og dermed ingen forpliktelse til et gitt volum eller antall varer. Det ble også trukket frem flere eksempler fra leverandørene, som innklagede bekreftet eller avkreftet om var riktig forstått som grunnlag for etterfølgende tilbakebetaling eller ikke.
- (64) Klagers anførsel om at tildelingskriteriet «*Pris*» er ulovlig uklart, fører etter dette ikke frem.
- (65) Videre har Maske AS anført at priskriteriet og tilhørende evalueringsmodell ikke er egnet til å utpeke det beste tilbudet. Nærmere bestemt viser klageren til at slik tildelingskriteriet er utformet, risikerer innklagede at tilbudene i konkurransen ikke premieres ut fra den reelle prisen oppdragsgiver skal betale. Når det er mulighet for etterfølgende tilbakebetalinger, vil ikke disse hensyntas i evalueringssummen, men bli trukket fra totalbeløpet innklagede ender opp med å betale.
- (66) Det følger av forskriften § 18-1 (1) at oppdragsgiver skal velge tilbud «*på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.*» Det følger videre av § 18-1 (4) at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. For priskriteriet innebærer dette at tilbudene skal premieres ut fra prisen oppdragsgiver skal betale for ytelsen. Dette henger sammen med at tildelingskriteriene må være egnet til å utpeke det beste tilbudet jf. EU-domstolens sak C-19/00 SIAC premiss 35 flg.
- (67) Det er likevel ingen av reglene som oppstilles i forskriften § 18-1 som innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å ta hensyn til samtlige kostnadselementer ved valg av tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Slik konkurransen er lagt opp, er evalueringssummen basert på et representativt utvalg varelinjer, og et estimert antall enheter per varelinje. Estimaten som er oppstilt er ikke bindende. Innklagede har også forbeholdt seg retten til å utvide eller innskrenke rammeavtalens omfang innenfor de angitte produktgrupper. Innklagede kan vanskelig hensynta forhold som det på nåværende tidspunkt ikke er mulig å vite om vil inntreffe eller ikke. Priskriteriet har derfor tilstrekkelig tilknytning til leveransen.
- (68) Klageren har videre anført at evalueringsmodellen favoriserer tilbydere med minimal eller ingen leverandørbonus og tilsvarende anbudsstøtte. Nærmere bestemt er det vist til at når det kreves at samme rabatt fra underleverandør for et produkt i A1 sortimentet også skal gjelde for produkter fra samme leverandør i A2 sortimentet, vil tilbyderne risikere at underleverandøren ikke ønsker å gi samme rabatt på disse produktene enn det ville vært gitt dersom dette vilkåret ikke var til stede.
- (69) Slik klagenemnda ser det, er dette et utslag av en naturlig konkurransefordel som til enhver tid vil være til stede i markedet. Tilbydere vil kunne ha forskjellige avtaler med underleverandører, og det vil kunne være forskjellige mekanismer for når rabatter utløses

og under hvilke forutsetninger. Dette har naturligvis også konsekvens for hvilken pris denne tilbyderer kan tilby. Vilkåret stenger heller ikke for at tilbyderne forhandler med sine underleverandører for å tilby varer på denne rammeavtalen, tvert imot. Slik klagenemnda ser det, er dette en plassering av risiko som innklagede har valgt å ta, som ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet.

- (70) Klagers anførsel fører ikke frem.

Prissetting av avvik

- (71) Både Maske AS og Lyreco Norge AS har anført at innklagede har benyttet en ulovlig metode for prissetting av avvik.
- (72) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Dersom et avvik er å anse som «vesentlig» har oppdragsgiver plikt til å avvise tilbudet, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (73) I NOU 2014: 4 *Enklere regler – Bedre anskaffelser* punkt 25.4.11 omtales plikten til å prissette avvik. Utvalget viser innledningsvis til at oppdragsgiver har adgang til å akseptere et tilbud som inneholder ikke-vesentlige avvik. I slike tilfeller plikter imidlertid oppdragsgiver å gjøre tilbudene sammenlignbare. Har et avvik en økonomisk verdi, foreligger det plikt til å prissette dette avviket. Dersom dette ikke gjøres, vil leverandøren som har dette avviket i sitt tilbud, kunne få en urimelig konkurransefordel. Det vil da være i strid med likebehandlingsprinsippet å ta et slikt tilbud i betraktning.
- (74) Dette er fulgt opp i NOU 2024: 9 *Ny lov om offentlige anskaffelser – Andre delutredning* i punkt 12.4.3.1 om gjeldende rett. Om prissetting av avvik uttaler utvalget følgende:

«Oppdragsgiver må prise avviket på en saklig og forsvarlig måte. Avviket skal prissettes ut fra en vurdering av hva et slikt avvik maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver, basert på en saklig og forsvarlig vurdering. Valgte leverandørs måte å prise et tilbud på får betydning for både vederlaget oppdragsgiver til slutt skal betale, og for konkurranseforholdet mellom tilbyderne. For å sikre at valgte leverandør ikke får noen fordel av avviket, skal oppdragsgiver derfor så langt som mulig kartlegge konsekvensene av avviket og prise disse. Dersom det ikke er mulig å prissette avviket på en forsvarlig måte, kan dette tilsa at avviket er vesentlig.»

- (75) I Vedlegg D – Prismatrise var det oppstilt krav til produktene på de forskjellige varelinjene. Flere varelinjer hadde størrelseskrav, og enkelte av disse var i form av spenn eller intervaller, for eksempel 1,2 til 1,6 liter, eller 10-20 stykk. I tildelingsbrevet ble det opplyst om at innklagede i forkant av tilbudsfristen hadde fastsatt en terskel for godkjenning av avvik fra dette størrelseskravet på varelinjene. Denne terskelen var satt til 20 prosent, og produkter som fravek størrelseskravene i prisskjemaet med mer enn dette, ble ansett som avvikende produkter som var gjenstand for avviksvurdering. For avvikene som var gjenstand for avviksvurdering, hadde innklagede lagt til grunn den høyeste tilbudte evalueringssummen for den aktuelle varelinjen, samt et risikotillegg på 30 prosent.

- (76) Klagerne har anført at både fastsettelsen av terskelen på 20 prosent, og risikopåslaget på 30 prosent, er i strid med regelverket og konkurransegrunnlaget. Nærmere bestemt at innklagede har unnlatt å foreta en konkret vurdering av hvert avvik. Dette utgjør ifølge klagerne et brudd mot prinsippet om forutberegnelighet.
- (77) Det bemerkes innledningsvis at samtlige tilbudte produkter som ikke oppfyller kravene oppstilt i kravspesifikasjonen, inneholder et avvik. Dette gjelder uavhengig av om det er et størrelsesavvik på 3 prosent eller 30 prosent, eller manglende oppfyllelse fra annet krav. For samtlige tilfeller vil oppdragsgiver ikke kunne kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, dersom tilbudet aksepteres.
- (78) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å uten videre godta avvik fra størrelseskrav på mindre enn 20 prosent.
- (79) Oppdragsgiver har som nevnt adgang til å akseptere ikke-vesentlige avvik. Dette forutsetter imidlertid at tilbudene kan gjøres sammenlignbare. Dersom tilbudene ikke gjøres sammenlignbare, har leverandøren som har avviket i sitt tilbud, fått en urimelig konkurransefordel.
- (80) Innklagede har i forkant av tilbudsfristen fastsatt at dersom produkter på varelinjer med størrelseskrav inneholder avvik, vil avvik fra størrelseskravene godtas opp til 20 prosent. Dette skulle sikre at avvik fra slike krav ble behandlet likt for alle tilbyderne, og ble ikke ansett å påvirke produktets egnethet. At terskelen ble satt til akkurat 20 prosent, ble begrunnet med at både innklagedes behov og tilbydernes mulighetsrom i tilbudene var ivaretatt på dette nivået. De fastsatte størrelseskravene i prismatrisen var ifølge innklagede satt med utgangspunkt i hvilket behov det etterspurte produktet skulle oppfylle, og intervallene var tilpasset dagens bruk av lignende produkter og hvilke lagringsmuligheter som var tilgjengelige.
- (81) Innklagede har oppstilt størrelseskrav i kravspesifikasjonen, både med konkrete størrelser, og med størrelsesspenn. Det var ikke opplyst i konkurransegrunnlaget at innklagede ville godta avvik fra størrelseskravene på inntil 20 prosent. En slik håndtering er etter nemndas syn ikke forutberegnelig for tilbyderne. Det forandrer ikke på saken at det i konkurransegrunnlaget var angitt at innklagede kunne akseptere uvesentlige avvik på oppstilte krav så lenge det ikke fikk konsekvenser for produktets egnethet. Denne setningen viser etter nemndas syn til at oppdragsgiver varslet at man ikke ville utøve sin rett til avvisning ved ethvert ubetydelig avvik. Setningen gir ingen opplysninger om at innklagede ikke ville prissette avvik før de var av en viss størrelse.
- (82) Videre gir et slik tilleggspenn på 20 prosent en klart tilfeldig konkurransefordel. Konkurransefordelen vil inntreffe for de tilbyderne som velger å tilby et større produkt enn det som var etterspurt i kravspesifikasjonen, men likevel innenfor de 20 prosentene som ble lagt til grunn som terskel. Tilbyderen kan med dette ha mulighet til å tilby en lavere pris på denne varelinjen. For tilbydere som tilfeldigvis ender opp med å tilby et produkt som er like over 20 prosent større (eller mindre) enn størrelseskravet, blir konsekvensen at avviket blir prissatt til høyeste tilbudte evalueringssum pluss et risikotillegg på 30 prosent. Dette selv om begge tilfeller utgjør et avvik fra kravspesifikasjonen. Nemnda bemerker også at selv om tilbudene skulle evalueres på enhetspris, og størrelsen på forpakningen ikke var en del av evalueringen, vil størrelsen på forpakningen reelt sett ha avgjørende betydning for enhetsprisen, og dermed evalueringssummen. Den ene klageren har redegjort for hvordan enhetsprisen for noen

produkter nærmere halveres når man kan levere større pakningsstørrelser. Å kunne levere et produkt i en pakning som er opptil 20 prosent større kan gi mulighet til å inngi en markert lavere enhetspris, som dermed gir en konkurransefordel i strid med kravet til likebehandling. Innklagede hadde heller ingen annen mulighet til å gjøre tilbudene sammenlignbare i denne konkurransen, for eksempel gjennom evalueringen av kvalitetskriterier.

- (83) Innklagede har forklart at ved å fastsette terskelen på 20 prosent, var innklagedes behov og tilbydernes mulighetsrom i tilbudene ivaretatt. I realiteten har innklagede utvidet størrelseskravene, ved å godta produkter med inntil 20 prosent avvik fra størrelseskrav uten å prissette disse. Dersom innklagede skulle hatt mulighet til å godta avvik fra kravspesifikasjonen uten videre, måtte dette ha kommet frem av konkurransegrunnlaget.
- (84) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede har brutt regelverket ved å fastsette en terskel på 20 prosent for avvik fra størrelseskrav, og at avvik innenfor denne terskelen ville godtas uten videre. Dette var ikke forutberegnelig for leverandørene, og bryter med en oppdragsgivers plikt til å gjøre tilbudene sammenlignbare.
- (85) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede har brutt regelverket ved prissettingen av avvikene.
- (86) Alle avvik som enten fravek størrelseskravene med mer enn 20 prosent, eller avvik fra andre krav, ble prissatt. Dette ble gjort ved at innklagede la til grunn den høyeste tilbudte evalueringssummen for den aktuelle varelinjen, i tillegg til et risikopåslag på 30 prosent. Prissettingen ble gjort for å gjøre tilbudene sammenlignbare.
- (87) Spørsmålet er om innklagede har prissatt avvikene på en saklig og forsvarlig måte. Avvikene skal prissettes ut fra en vurdering av hva et slikt avvik maksimalt vil kunne medføre av merkostnader. Dette gjøres for å utligne konkurransefordelen tilbyderen med avvik i sitt tilbud får ved å inngi tilbud med avvik.
- (88) Fremgangsmåten innklagede valgte å prissette avvikene på, var ved å ta den høyeste tilbudte evalueringssummen for den aktuelle varelinjen, legge på risikotillegget på 30 prosent, og erstatte den tilbudte evalueringssummen for produktet med avvik med totalen av dette. Dersom den høyeste evalueringssummen for varelinjen fremgikk av et annet tilbud, ble altså evalueringssummen endret til den høyeste tilbudte, før det ble lagt på 30 prosent. Dersom tilbudet som inneholdt den avvikende varelinjen hadde den høyeste evalueringssummen, ble evalueringssummen beholdt, og det ble så lagt på 30 prosent.
- (89) I tildelingsbrevet opplyste innklagede at risikopåslaget på 30 prosent var satt for å ta høyde for eventuelle ytterligere merkostnader som vil påløpe gjennom å anskaffe produktet via alternative metoder. Dette var begrunnet med at innklagede ved å gjennomgå avvikene, fikk avklart at det ville bli en merkostnad for innklagede å få produkter med den opprinnelige etterspurte kvaliteten dersom de måtte kjøpes av andre leverandører, eller avtaleleverandør:

«Produkter kan være dyrere, de kan være uten eller med en lavere rabatt enn den tilbudte, det kan forekomme ekstra fraktkostnader fra andre leverandører, og det vil gi administrative kostnader blant annet i form av merarbeid for Oppdragsgiver. Oppdragsgiver har funnet det mest forsvarlig å legge til grunn et felles risikotillegg for alle avviksproduktene, og det er vurdert til å utgjøre 30 %.

Risikotillegget legges til for å sørge for at avviksprisingen tar høyde for den maksimale merkostnaden, og for at leverandøren med avvik ikke skal sitte igjen med en fordel av å tilby et avvikende produkt. Det ivaretar også hvor sentralt avviket er, som følge av at det beregnes av evalueringssummen per varelinje. Tillegget blir på den måten større for produkter som kjøpes inn i et stort omfang, og omfanget gjenspeiler produktenes, og derav avvikenes, viktighet.»

- (90) Klagerne har fremsatt flere innvendinger mot innklagedes prissetting. For det første er det anført at innklagede ikke har gjort en konkret vurdering av avvikene, i strid med både konkurransegrunnlaget og likebehandlingsprinsippet. Når det er ulike avvik i et tilbud, innebærer likebehandlingsprinsippet at ulike tilfeller vurderes ulikt, og ikke likt. Det er også vist til at det i konkurransegrunnlaget og etterfølgende spørsmål og svar nummer 38 var opplyst at innklagede skulle gjøre en konkret vurdering av hvert avvik.
- (91) Av tildelingsbrevet fremgår det at fremgangsmåten for prissetting av avvik først ble fastsatt etter en vurdering av avvikene som forelå. Innklagede har forklart overfor nemnda at alle avvik som det var behov for å prissette, ble vurdert å ha samme konsekvens – at innklagede måtte gå til innkjøp av andre produkter for å få produkter som oppfylte kravene for varelinjen. I denne beregningen var det ifølge innklagede de samme forholdene som var av relevans, og det ble derfor besluttet at det mest forsvarlige var å prissette avvikene med samme fremgangsmåte. Dette utgjør etter nemndas syn ikke et brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (92) Videre har Lyreco Norge AS vist til at det for flere av avvikene i deres tilbud er tilbudt større forpakninger, som representerer en overoppfyllelse av innklagedes behov, sammenlignet med mindre forpakninger. Det er også vist til at det er usannsynlig at innklagede vil ha behov for å kjøpe inn andre varer fordi de tilbudte varene vil oppfylle innklagedes behov. Dette er ikke klagenemnda enig i. Innklagede hadde oppstilt krav til produktene i kravspesifikasjonen, som var basert på oppdragsgivers behov. Som en del av vurderingen er også at produktene som ble tilbudt skulle være sammenlignbare. Konkurransen går ikke ut på å tilby størst mulig forpakninger, men å tilby forpakninger som oppfyller kravspesifikasjonen. En for stor forpakning utgjør et avvik, og produkter som avviker fra de oppstilte kravene, er ikke i tråd med innklagedes behov som er fastlagt i forkant av kunngjøringen av konkurransen.
- (93) Videre har Lyreco Norge AS også vist til at de gjennom avvikene ikke er gitt et konkurransefortrinn, og at avvikene derfor skulle vært priset til 0 kroner. Som en del av sin klage, har klageren vist til at det for fem av de avvikende produktene kunne vært tilbudt produkter som oppfylte kravene i kravspesifikasjonen, men til en dyrere pris. Klageren har dermed utvilsomt oppnådd en fordel ved å tilby produkter til en rimeligere pris, men som ikke oppfylte kravene oppstilt i kravspesifikasjonen. I forlengelsen av dette har klageren også vist til at et risikopåslag på 30 prosent under enhver omstendighet medfører at merkostnaden blir for høy. Prissettingen av avvikene i Lyreco Norge AS' tilbud resulterte i en evalueringssum som var 2,3 millioner kroner dyrere enn den opprinnelig tilbudte evalueringssummen. Ifølge klageren utgjør ikke den reelle merkostnaden mer enn 900 000 kroner. Dette er basert på hvilke alternative produkter som kunne vært tilbudt i konkurransen.
- (94) Slik klagenemnda forstår Lyreco Norge AS klage og argumentasjon, er det fra denne klageren tilbudt produkter med avvik for å få en lavere evalueringssum. Selv om klageren i denne konkurransen kunne tilbudt varer som oppfylte kravene i kravspesifikasjonen til

den prisen som er påstått – 900 000 kroner – er ikke dette ensbetydende at dette er den reelle kostnaden for innklagede når innklagede må gå til innkjøp av alternative varer. Det bemerkes også at vurderingstemaet er hva avviket «maksimalt vil kunne medføre av merkostnader».

- (95) I denne saken har innklagede satt en grense på hvilke avvik som ville godtas uten videre, og hvilke avvik som måtte prissettes for å gjøre tilbudene sammenlignbare. For de avvikene som måtte prissettes, er den høyeste evalueringssummen lagt til grunn. Denne evalueringssummen er konkurranseutsatt, og det er ingen garanti for at produktene kan kjøpes enkeltvis på markedet til denne prisen. Innklagede har i vurderingen av prissettingen hensyntatt at et erstatningsprodukt kan være dyrere, uten rabatter, medføre fraktkostnader eller administrative kostnader. Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagedes vurdering fremstår som saklig og forsvarlig. Nemnda tilføyer at nemnda har tatt stilling til om metoden er saklig og forsvarlig, innenfor det skjønnsrommet oppdragsgiver har ved prissetting av avvik. Den valgte metoden for prissetting fremstår å være i øvre sjikt av hva innklagede lovlig kunne ha lagt til grunn.
- (96) Klagernes anførsel om at innklagedes metode for prissetting av avvik er ulovlig, fører ikke frem.

Avviksvurdering av avvik i Lyreco Norge AS' tilbud

- (97) Lyreco Norge AS har også anført at åtte av deres 12 avvik, ikke er å anse som avvik og skulle derfor vært priset til 0 kr. For seks av disse er det vist til at det er tilbudt produkter som er større en størrelseskravene, og som dermed overoppfyller kravene, eller at produktet i meget liten grad overstiger den godkjente terskelen på 20 prosent fra størrelseskravene.
- (98) Videre er det for ett av produktene tilbudt en annen lukkemekanisme enn det som er påkrevd i kravspesifikasjonen. Ifølge klageren har dette produktet samme funksjon, og utgjør derfor ikke et avvik. Det er tilbudt et produkt som ikke oppfylles kravet i kravspesifikasjonen. Klager har forklart at det var mulig å tilby et produkt som oppfylte kravet, og at da ville tilbudsprisen for denne varelinjen vært omtrent 2,5 ganger dyrere.
- (99) Til sist er det for ett av produktene vist til at produktet på markedet som oppfylles dette kravet, er utgått og kan ikke tilbys. Det kan derfor ikke utgjøre et avvik å tilby et lignende produkt på denne varelinjen.
- (100) Som nevnt over vil samtlige produkter som ikke oppfylles kravene som er oppstilt på varelinjen, utgjøre avvik. Nemnda har ovenfor lagt til grunn at avvik fra størrelseskrav utgjør en konkurransefordel som innklagede plikter å prissette. Videre finner nemnda det også klart at et produkt som ikke oppfylles krav til lukkemekanisme, når dette er oppstilt, utgjør et avvik. Sett hen til at klageren kunne tilby et rimeligere produkt, har klageren fått en konkurransefordel ved å se bort fra kravet i kravspesifikasjonen. Når det gjelder det utgåtte produktet er det kun to av tre leverandører som har avvik på dette punkt, altså har en leverandør tilbudt et produkt på denne varelinjen som oppfylles kravene eller er innenfor 20 prosent fra størrelseskravene.
- (101) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede hadde plikt til å prissette disse avvikene for å gjøre tilbudene sammenlignbare. Det ligger i utgangspunktet til innklagedes innkjøpsfaglige skjønn å fastsette egne behov og krav til ytelsen som skal

anskaffes. Det bemerkes avslutningsvis at tilbyderne selv har risiko for å tilby en ytelse som oppfyller kravene som er oppstilt.

Omgjøring og avlysning

- (102) Lyreco Norge AS har anført at bruddet som er konstatert over, medfører at innklagede har plikt til å omgjøre tildelingsbeslutningen. Maske AS har anført at feilen medfører avlysningsplikt da feilen ikke kan rettes.
- (103) Det følger av forskriften § 25-1 (4) at oppdragsgiver kan omgjøre beslutningen om valg av leverandør, dersom den *«er i strid med forskriften»*. Når det hefter feil ved tildelingsbeslutningen har oppdragsgiver ikke bare en rett, men også en plikt til å rette slike. Det er ikke anledning til å endre den skjønnsmessige evalueringen av tilbudene i større grad enn feilen nødvendiggjør, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2023/122, avsnitt 35, med videre henvisninger til flertallets votum i klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2018/329, 2018/340 og 2018/341 (dissens), avsnitt 77 følgende.
- (104) Mange feil som gjelder tilbudsevalueringen, er feil som typisk kan rettes ved å foreta en ny evaluering der feilen korrigeres. Nemnda må derfor vurdere om den feilen som er gjort i dette tilfelle, kan, og derved skal rettes. I denne saken foreligger det ikke en feil ved konkurransedokumentene, og feilen knytter seg utelukkende til konkurransegjennomføringen (manglende prissetting av avvik under en viss terskel). Nemnda har ovenfor konstatert at oppdragsgiver har benyttet en lovlig metode for å prissette avvik. Denne metoden vil også kunne anvendes for avvik under 20 prosent. Det er dermed ikke behov for å utøve noe nytt skjønn, men å anvende den allerede etablerte metoden for alle avvik.
- (105) Oppdragsgiver har dermed rett og plikt til å rette feilen ved å prissette alle avvik.

Tilbakebetaling av klagegebyr

- (106) Klagenemnda har kommet til at innklagede har brutt regelverket, ved å fastsette en terskel for godkjenning av avvik fra størrelseskrav på 20 prosent, og dermed ikke gjøre tilbudene sammenlignbare. Det kan ikke utelukkes at dette kan ha påvirket resultatet i konkurransen, og klagegebyret tilbakebetales derfor klagerne, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Forsvarets Logistikkorganisasjon har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å fastsette en terskel for godkjenning av avvik fra størrelseskrav på 20 prosent, og dermed ikke gjøre tilbudene sammenlignbare.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur