



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud.

*Innklagede avholdt en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler med én leverandør om forsyning av proviant og kioskvarer til forsvaret og FFI sine fartøy. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og avvise klagers tilbud etter forskriften § 24-8 andre ledd bokstav a).*

### **Klagenemndas avgjørelse 11. april 2019 i sak 2018/75**

**Klager:** Servicegrossistene AS

**Innklaget:** Forsvarets logistikkorganisasjon

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

#### **Bakgrunn:**

- (1) Forsvarets logistikkorganisasjon (heretter *innklagede*) kunngjorde 26. april 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om forsyning av proviant og kioskvarer til forsvaret og FFI sine fartøy.
- (2) Anskaffelsen bestod av to delkontrakter. Etter konkurransegrunnlaget punkt 1.2.3 skulle én rammeavtale bli inngått for fylkene Nord- og Sør-Trøndelag, Nordland, Troms og Finnmark og én rammeavtale for fylkene i sør.
- (3) Anskaffelsens totalverdi ble i kunngjøringen punkt II 1.5 estimert til kroner 200 millioner. Tilbudsfrist ble angitt til 1. juni 2017. Rammeavtalenes varighet ble satt til to år, med en opsjon på 1 + 1 års forlengelse.
- (4) I prismatrisen etterspurte innklagede ulike mat- og kioskvarer i til sammen 1045 varelinjer. Fisk var en hovedkategori og omfattet varelinje 390 til 463.
- (5) Tildelingskriteriene tilbudene skulle vurderes etter var «Totalpris» 60 prosent, «Kvalitet» 30 prosent og «Miljø- og samfunnsansvar» 10 prosent.
- (6) Innklagede mottok tilbud fra to leverandører innen tilbudsfristen, herunder fra Servicegrossistene AS (heretter også *klager*) og Kraemer Maritime AS.
- (7) Ved tildelingsbrev av 27. juni 2017 ble begge rammeavtalene tildelt klager. De fikk best score på alle tildelingskriteriene.
- (8) Etter klage fra Kraemer Maritime AS ble tildelingsbeslutningen annullert i brev av 8. september 2017. Klagers tilbud ble avvist med henvisning til at tilbudet inneholdt avvik

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

fra anskaffelsesdokumentene som ikke kunne anses som ubetydelige, jf. forskriften § 24-8 andre ledd bokstav a). Innklagede begrunnet avvisningen slik:

*Prismatrisen inntatt i tilbudet fra SG inneholder en rekke avvik. Blant annet omfatter dette varelinjer hvor SG har tilbudt fryseware selv om det er ferskvare som er etterspurt. Dette gjelder følgende varelinjer: 296, 298, 299, 301, 389, 397-401, 403-419, 424,425,428,442 og 443.*

*SG har tilbudt frossen fisk i stedet for fersk for om lag 64 % av den etterspurte ferskfisk. Store deler av det etterspurte utvalget av fersk fisk vil følgelig ikke inngå i avtaleomfanget, hvilket medfører at Forsvaret ved å tildele kontrakt til SG ikke får servert sine ansatte/vernepliktige på fartøyene fisk av den kvalitet som er ønskelig. Fryseware anses å være av klart dårligere kvalitet enn ferskvare, og stiller også andre krav til tilberedning. Som følge av størrelsen på ovennevnte avvik i tilbudet innen varegruppen «Fisk», både kvantitativt og kvalitativt, anses avviket også samlet sett som betydelig.*

- (9) Noen av varelinjene som vist til i begrunnelsen gjaldt kjøttprodukter. Det ble senere avklart at avvikene kun gjaldt fersk fisk. Innklagede hadde etterspurt fersk fisk i 39 varelinjer. Innklagede la til grunn at klager tilbød fryst fisk i 25 av disse varelinjene, noe som utgjorde 64 prosent av etterspurt fersk fisk. Partene har vært uenige om hvor mange varelinjer i klagers tilbud som faktisk inneholdt avvik.
- (10) Etter det opplyste, ba innklagede 31. oktober 2017 begge tilbydere om å avklare forhold ved tilbudene. Det ble samtidig varslet om at innklagede etter mottak av avklarende opplysninger ville foreta en ny evaluering.
- (11) I tildelingsbrev av 9. november 2017 ble klager på nytt tildelt kontrakten. Begrunnelsen var at annulleringen og avvisningen bygget på feil faktisk grunnlag. Klager hadde avklart at det ikke var riktig at de leverte fryst fisk for omlag 64 prosent av etterspurt fersk fisk.
- (12) Kraemer Maritime AS klaget på nytt over tildelingen og i brev av 16. januar 2018 omgjorde innklagede også den andre tildelingsbeslutningen og avviste Servicegrossistene AS fra konkurransen. Bakgrunnen for omgjøringen var at Kraemer Maritime AS fremholdt at Servicegrossistene AS ikke skulle hatt muligheten til å avklare tilbudet sitt da dette var en åpen anbuds konkurranse. Innklagede var enig i at det ikke var adgang til avklaring etter forskriften § 23-5. Innklagede la til grunn at klagers tilbud objektivt måtte forstås slik at klager hadde tilbudt fryst fisk der det skulle vært tilbudt fersk fisk.
- (13) I tildelingsbeslutning av 26. januar 2018 ble kontrakten tildelt Kraemer Maritime AS (heretter *valgte leverandør*).
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 6. februar 2018. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse ikke vil avventes til klagenemnda har behandlet saken.
- (15) I e-post av 4. april 2019 ble partene bedt om å redegjøre for deres syn på om omgjøring av den første tildelingsbeslutningen var berettiget etter forskriften § 25-1 fjerde ledd.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. april 2019. Etter nemndsmøtet har nemnda hatt ytterligere dialog etter å ha mottatt innklagedes seneste merknader til saken.

## **Anførsler:**

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

- (17) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å omgjøre tildelingen og avvise klagers tilbud etter forskriften § 24-8 andre ledd bokstav a) jf. forskriften § 25-1 fjerde ledd. Forskriften § 25-1 fjerde ledd åpner bare for omgjøring av tildelingsbeslutninger som er i strid med forskriften, noe den opprinnelige tildelingen til klager ikke er. Det er for øvrig ikke korrekt at klager har tilbudt fryst fisk for enkelte varelinjer der innklagede har etterspurt fersk fisk.
- (18) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 4 når ikke også tilbudet til Kraemer Maritime AS ble avvist etter forskriften § 24-8 andre ledd bokstav a).
- (19) Atter subsidiært anføres det at konkurransegrunnlaget er uklart og at innklagede derfor hadde plikt til å avlyse konkurransen.

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

- (20) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede hadde rett til å avvise klagers tilbud etter forskriften § 24-8 andre ledd bokstav a). Det forelå avvik ved klagers tilbud som ikke kunne sies å være ubetydelige. Den første tildelingen bygget derfor på feil faktisk grunnlag og var i strid med regelverket etter forskriften § 25-1 fjerde ledd. Innklagede viser i denne sammenheng til Borgarting lagmannsretts dom LB-2007-100623 og til KOFA-sak 2011/267. Innklagede viser også til at det ikke var adgang til å avklare tilbudet etter forskriften § 23-5.
- (21) Innklagede har ikke brutt likebehandlingsprinsippet ved å la være å avvise valgte leverandørs tilbud. Valgte leverandør hadde betydelig færre avvik i sitt tilbud enn det klager hadde, og valgte leverandør skulle derfor ikke vært avvist etter forskriften § 24-8 andre ledd bokstav a).
- (22) Konkurransegrunnlaget er ikke uklart og konkurransen skulle derfor ikke vært avlyst.

## **Klagenemndas vurdering:**

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtaler med én leverandør om forsyning av proviant og kioskvarer til forsvaret og FFI sine fartøy. Anskaffelsens totalverdi ble i kunngjøringen punkt II 1.5 estimert til kroner 200 millioner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å annullere tildelingen og avvise klagers tilbud.
- (25) Det følger av forskriften § 25-1 fjerde ledd at dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valg av leverandør *«er i strid med forskriften»*, kan beslutningen omgjøres frem til kontrakten er inngått. Det er opp til innklagede å godtgjøre at den opprinnelige beslutningen var i strid med forskriften, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2017/95 premiss (23).

- (26) Innklagede tildelte først kontrakt til klager, men avviste senere tilbudet med henvisning til forskriften § 24-8 andre ledd bokstav a). Det følger av denne bestemmelsen at «oppdragsgiver kan avvise et tilbud som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige».
- (27) Oppdragsgiver har således rett etter bestemmelsen, men ingen plikt, til å avvise tilbud som inneholder avvik som ikke må anses ubetydelige. Det ligger i dette at det ikke vil være i strid i med forskriften å la være å avvise et tilbud i medhold av denne bestemmelsen.
- (28) Innklagede har ikke anført at man hadde plikt til å avvise klagers tilbud fordi tilbudet inneholdt «vesentlige avvik» etter forskriften § 24-8 første ledd bokstav b). Innklagede har opplyst at man ikke anså avvikene som vesentlige, og at terskelen for å avvise etter andre ledd er betydelig lavere enn terskelen for å konstatere vesentlige avvik etter første ledd.
- (29) Ved å forankre omgjøringen i en *rett*, men ikke en *plikt* til å avvise har ikke innklagede påvist at tildelingsbeslutningen ble omgjort for å rette opp et regelbrudd. Innklagede har forklart at avvikene i klagers tilbud først ble oppdaget etter den første tildelingen, og at innklagede ønsket å avvise klager da avvikene ble oppdaget. Det er imidlertid ikke i strid med forskriften å velge et tilbud som *kunne ha vært avvist*. Anskaffelsesforskriften § 24-8 andre ledd bokstav a) åpner, som nevnt, for at oppdragsgivere velger å la være å avvise et tilbud med ikke-ubetydelige avvik. En omgjøring av en kontraktstildeling kan derfor ikke forankres i denne bestemmelsen.
- (30) Klagenemnda kan ikke se at avgjørelsene innklagede viser til har overføringsverdi til vår sak.
- (31) Innklagede har etter dette ikke godtgjort at den opprinnelige tildelingsbeslutningen var i strid med regelverket, slik forutsetningen for omgjøring er etter forskriften § 25-1 fjerde ledd. Slik saken er opplyst, kunne ikke innklagede omgjøre den første tildelingsbeslutningen og avvise klager. Klagers anførsel fører dermed frem.
- (32) Dette bruddet er av en slik karakter at det kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (33) Klagenemnda har ikke grunnlag for å vurdere om tilbudet skulle ha vært avvist fordi det inneholdt vesentlige avvik. Sett hen til det resultatet klagenemnda har kommet til, tas det heller ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

***Konklusjon:***

Forsvarets logistikkorganisasjon har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og avvise klagers tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

*Dokumentet er godkjent elektronisk*