



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Saklig klageinteresse. Vesentlig avvik. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om levering av matvarer til storhusholdninger. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen. Klagenemnda fant at betingelsen i ett av valgte leverandørs deltilbud, om at tilbudet i denne delkonkurransen bare gjaldt dersom man samtidig ble tildelt minst én av de andre delkontraktene, ikke utgjorde et vesentlig avvik etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b. Klagers anførsel om avvisning førte på denne bakgrunn ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. september 2020 i sak 2019/688

Klager: Tine SA

Innklaget: Arendal kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Arendal kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 20. august 2019 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om levering av matvarer til storhusholdninger i kommunen. Rammeavtalene gjaldt levering til 10 mottakskjøkken og et storkjøkken ved sykehjemmene i kommunen, samt opsjon for skoler, barnehager og andre større kommunale enheter til å tiltre avtalen. Kontraktene skulle ha en varighet på 2 år, med opsjon for ytterligere 2 år. Tilbudsfrist var angitt til 23. september 2019.
- (2) Anskaffelsen var ifølge konkurransegrunnlagets punkt 1.1.3 oppdelt i 8 varegrupper:
 - «1. Dagligvarer (Estimert årlig volum NOK 4.500.000,- eks mva)
 2. Fisk og fiskeprodukter, fersk og frossen (Estimert årlig volum NOK 1.000.000,- eks mva)
 3. Kjøtt og kjøttprodukter, fersk og frossen (Estimert årlig volum NOK 1.400.000,- eks mva)
 4. Fugl, fjærkre, egg og produkter av disse (Estimert årlig volum NOK 1.500.000,- eks mva)
 5. Ferske grønnsaker, frukt og poteter (Estimert årlig volum NOK 1.500.000,- eks mva)
 6. Melk og meieriprodukter - melk på tank er ikke inkludert (Estimert årlig volum NOK 3.800.000,- eks mva)

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

7. Brød ferskt (Estimert årlig volum NOK 250.000,- eks mva)

8. Emballasje og etiketter (Estimert årlig volum NOK 100.000,- eks mva)»

- (3) Konkurranses grunnlagets punkt 1.1.4 inneholdt viktige presiseringer om adgangen til å gi deltilbud:

«Oppdragsgiver er opptatt av at lokale leverandører gir tilbud. Det er derfor anledning til å gi tilbud på en eller flere grupper, og det kan gis deltilbud innen den enkelte gruppe, men ikke alternative tilbud. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å dele kontrakten mellom flere leverandører og anta hele eller deler av et tilbud.

Det vil bli inngått kontrakt med en eller flere leverandører i den enkelte gruppen.»

- (4) Videre fremgikk det av konkurranses grunnlagets punkt 1.2.7 følgende om tildeling av kontrakt:

«Tildeling av kontrakt skjer på basis av hvilket tilbud som innehar det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Tildelingskriteriene i konkurranses grunnlaget legges til grunn ved evalueringen.

Hver enkelt varegruppe vil bli evaluert for seg. Det velges 1 vinner i hver varegruppe.»

- (5) Tildelingskriteriene var ifølge konkurranses grunnlagets punkt 2.2 til 2.5 «Pris og kostnader» (30 prosent), «Service» (20 prosent), «Produktkvalitet» (30 prosent) og «Miljø» (20 prosent).

- (6) Innenfor tilbudsfristen mottok innklagede 13 tilbud. For varegruppe 6 «Melk og Meieriprodukter», som denne saken gjelder, mottok innklagede tilbud fra Asko Agder AS (heretter *valgte leverandør*) og Tine SA (heretter *klager*). Dette var også den eneste varegruppen hvor klager leverte tilbud. Valgte leverandør leverte i tillegg tilbud på varegruppe 1, 2, 3 og 4.

- (7) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk det under punkt 2.1.2 «Forbehold og avvik»:

«Vi har lest igjennom dokumentasjonen og det taes ingen forbehold omkring leveransene, men vedrørende «varegruppe 2 Fisk og fiskeprodukter» anses den som lite økonomisk interessant med mindre den tildeles sammen med enten varegruppen «1 Dagligvarer», «3 Kjøtt og kjøttprodukter», «4 Fugl, fjærkre og egg or produkter av disse» eller «5 Meieri». Tilbud på varegruppe 2 er derfor betinget av at ASKO tildeles kontrakt på varegruppen 1, 3, 4 eller 5.

For ordens skyld presiseres at tilbud på varegruppen 1, 3, 4 og 5 ikke er betinget av tildeling på noen andre varegrupper. [sic]»

- (8) Det er enighet om at tilbudet inneholdt en feilskrift, da det med «5 Meieri» var ment varegruppe 6 «Melk og meieriprodukter».

- (9) I tildelingsevalueringen fikk valgte leverandør full score (100 poeng), mot klagers 96 poeng.

- (10) Den 8. oktober 2019 ble samtlige tilbydere i konkurransen informert om tildelingsbeslutningene, herunder at valgte leverandør var tildelt kontrakt for varegruppe 6. Valgte leverandør ble også tildelt kontrakt for varegruppe 1, 2 og 4.
- (11) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 4. november 2019.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. desember 2019.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 31. august 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Det foreligger saklig klageinteresse. Betingelsen i valgte leverandørs tilbud gjelder varegruppe 2, men betingelsen har hatt betydning også for tildeling av kontrakt for varegruppe 6. Det foreligger dermed et reelt behov for å få avklart spørsmålet.
- (15) Valgte leverandørs deltilbud i varegruppe 2 er betinget av at valgte leverandør også tildeles rammeavtale for varegruppe 1, 3, 4 eller 6. Valgte leverandør har med dette tatt et forbehold om tildeling av flere delkontrakter. Dette innebærer en kryssfinansiering av deltilbud. Tilbudet inneholder dermed et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) b), og innklagede har derfor brutt anskaffelsesregelverket ved å ikke avvise tilbudet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Klager oppfyller ikke kravet til saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd. Klager har ikke deltatt i delkonkurransene 1, 2, 3 eller 4. I delkonkurranse 6, hvor klager har deltatt, foreligger ingen avvik ved valgte leverandørs tilbud. Klagen må derfor avvises.
- (17) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud. Betingelsen som er satt i valgte leverandørs tilbud for varegruppe 2 utgjør ikke et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene for varegruppe 6. Betingelsen har heller ikke hatt innvirkning på evalueringen av tilbudene. Det er gjennomført separate evalueringer av hver enkelt varegruppe.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtaler for anskaffelse av matvarer til storhusholdninger, som er en vareanskaffelse. Rammeavtalene har en estimert verdi på totalt 56 200 000 kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Saklig klageinteresse

- (19) Innklagede anfører at klager mangler rettslig klageinteresse, og at klagen på denne bakgrunn skal avvises fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd.

- (20) Det følger av den nevnte bestemmelsen i klagenemndsforordningen at klage kan fremsettes av enhver som har «*saklig interesse*» i å få avgjort lovmessigheten av en gjennomført anskaffelse. Av klagenemndas praksis fremgår det at denne interessen må være aktuell, herunder at klager har et reelt behov for avklaring av spørsmålet. Denne vurderingen må gjøres konkret, basert på hvilke anførsler klager har fremsatt og hvilken betydning en vurdering av disse anførselene vil kunne ha for klager, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/344, avsnitt 25.
- (21) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud – som følge av betingelsen i tilbudet vedrørende varegruppe 2 – skulle ha vært avvist fra hele konkurransen/samtliges varegrupper, inkludert varegruppe 6 («*Melk og meieriprodukter*»). Klagen kan følgelig få betydning for varegruppe 6, hvor klager var den eneste andre leverandøren som leverte tilbud. Klager har derfor saklig interesse i å få avgjort denne anførselen, jf. klagenemndsforordningen § 6.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen. Klager anfører nærmere bestemt at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fra konkurransen, herunder fra delkonkurransen om varegruppe 6, som følge av den betingelsen som var satt for valgte leverandørs tilbud i varegruppe 2.
- (23) Det følger av forordningen § 24-8 (1) b) at oppdragsgiver plikter å avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*». Dette inkluderer blant annet de tilfellene hvor tilbudet inneholder feil, avvik, uklarheter eller lignende, som medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, se blant annet Forenklingsutvalgets utredning i NOU 2014: 4 punkt 25.4.6.2.
- (24) Det er enighet om at det foreligger en betingelse ved valgte leverandørs tilbud hva gjelder varegruppe 2. Valgte leverandør gav klart uttrykk for at tilbudet i denne delkonkurransen var betinget av at man også ble tildelt kontrakt for varegruppe 1, 3, 4 eller 6. Valgte leverandørs tilbud på de øvrige delkontraktene, var ikke på samme måte betinget av at man ble tildelt flere delkontrakter.
- (25) Til støtte for at valgte leverandørs tilbud dermed inneholder et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, har klager blant annet vist til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2008 s. 1705 *Rabattdommen*. I den saken konkluderte Høyesterett med at oppdragsgiver ikke kunne ta hensyn til en rabatt i en konkurranse som var betinget av utfallet av en annen, lignende konkurranse som oppdragsgiver gjennomførte på samme tidspunkt. Høyesterett la til grunn at det synes å være alminnelig enighet om at dersom kontraktene var blitt utlyst samlet, kunne det vært tatt hensyn til rabatt-tilbud betinget av at leverandøren vant begge kontraktene, selv om dette ikke var omtalt i konkurransegrunnlaget, se avsnitt 43. Det ble imidlertid tillagt avgjørende betydning at man i denne saken sto overfor to separate konkurranser. På bakgrunn av prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet, utledet Høyesterett et krav om at det må fremgå av konkurransegrunnlaget dersom det skal være adgang til å ta hensyn til rabatt-tilbud betinget av at leverandøren vinner en annen konkurranse kunngjort av samme oppdragsgiver.

- (26) Slik klagenemnda ser det, kan ikke en plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud utledes av *Rabattdommen*. I denne sammenheng er det tilstrekkelig å vise til at vår sak skiller seg fra saksforholdet i den nevnte dommen.
- (27) I konkurransegrunnlaget var det angitt at hver enkelt varegruppe ville bli evaluert hver for seg. Betingelsen i valgte leverandørs tilbud i varegruppe 2 er ikke til hinder for at hver varegruppe evalueres for seg. Det er heller ikke holdepunkter for at innklagede, som følge av betingelsen i valgte leverandørs tilbud, har handlet i strid med konkurransegrunnlagets føringer, eller at betingelsen på andre måter skapte tvil om hvordan valgte leverandørs tilbud skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Videre kan ikke klagenemnda se at innklagede, som følge av den nevnte betingelsen knyttet til varegruppe 2, under noen omstendighet vil være avskåret fra å kreve oppfyllelse av kontrakten ved å akseptere tilbudet i varegruppe 6.
- (28) Klagers anførsel om at innklagede på dette grunnlaget har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. forskriften § 24-8 (1) b), kan etter dette ikke føre frem.

Konklusjon:

Arendal kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk