



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Evaluerings- eller prismodell.
Tildelingsevaluering.

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av næringsmidler. Klager hadde en rekke innsigelser mot tildelingskriteriet «Rabatt øvrig sortiment», deriblant at stikkprøveevalueringen var ulovlig. Klagenemnda var enig i at innklagede hadde gjennomført en ulovlig evaluering av leverandørenes øvrige sortiment, ettersom utvalget for stikkprøveevalueringen først ble fastsatt etter at tilbudene var åpnet og undersøkt. Som følge av at nemnda ikke kunne se at det var grunnlag for å utelukke at denne feilen kunne ha påvirket konkurransen utfall, og at konkurransen følgelig skulle ha vært avlyst, ble ikke klagers øvrige anførsler behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 30. november 2020 i sak 2020/294

Klager: Servicegrossistene AS

Innklaget: Kriminalomsorgsdirektoratet

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Kriminalomsorgsdirektoratet (heretter *innklagede*) kunngjorde 16. desember 2019 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av næringsmidler til kriminalomsorgens fengsler. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til totalt 300 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var satt til 20. januar 2020, men ble forlenget til 27. januar 2020.
- (2) Rammeavtalen ville bli tildelt tilbudet med det beste forholdet mellom kostnad og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Pris*» (50 prosent vekt), «*Rabatt øvrig sortiment*» (25 prosent), «*Service og oppfølging, bestillingsrutiner*» (15 prosent) og «*Gjennomføringsevne*» (10 prosent).
- (3) Tildelingskriteriet «*Rabatt øvrig sortiment*» hadde følgende dokumentasjonskrav:

«Vedlegg prisliste på øvrig sortiment og oppgi rabattsatsen som tilbys kriminalomsorgen for hver gruppe.

Tilfeldig sammenlignbare produkter innen hver gruppe blir plukket ut. Lavest pris - rabatt (nettopris) får høyest score.»
- (4) Om evalueringen av tildelingskriteriet stod det: «*Laveste pris vil vektes 6 poeng, de øvrige tilbudene vil vektes ut ifra denne.*»

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

- (5) En av leverandørene, Servicegrossistene AS (heretter *klager*), anmodet innklagede 8. januar 2020 om å fjerne «*Rabatt øvrig sortiment*» fra konkurransen. I anmodningen viste klager til at tildelingskriteriet favoriserte Askø Norge AS, som var en potensiell leverandør i konkurransen. Klager påpekte også at tildelingskriteriet gjorde konkurransen uforutsigbar for leverandørene.
- (6) Klager og Askø Norge AS leverte tilbud innen fristen.
- (7) Rammeavtalen ble tildelt Askø Norge AS (heretter *valgte leverandør*) 10. februar 2020. Av tildelingsbrevet fremgikk det at valgte leverandør var «*marginalt billigst*» på «*Rabatt øvrig sortiment*». Klager fikk 1,25 vektete poeng på tildelingskriteriet, mens valgte leverandør fikk full score (1,50 vektete poeng). Valgte leverandør fikk også full score på «*Pris*» (3 vektete poeng), mens klager fikk 2,91 vektete poeng. Begge fikk full score på de to øvrige tildelingskriteriene.
- (8) Av innklagedes evalueringsskjema fremgikk det at «*Rabatt øvrig sortiment*» var basert på et utvalg av 29 produkter, og at poengene var gitt på grunnlag av «*total pris og antall produkter som er billigst*». For 19 av de utvalgte produktene tilbød Askø Norge AS den laveste prisen. Totalprisen på de 29 produktene var i valgte leverandørs favør: 4 833,77 kroner mot klagers 5 055,88 kroner.
- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 20. februar 2020. Klagen rettet seg i all hovedsak mot tildelingskriteriet «*Rabatt øvrig sortiment*». Det ble blant annet vist til at tildelingskriteriet var ulovlig, at evalueringen av tildelingskriteriet var «*endret til nå å gjelde «totalpris og antall produkter», mao. slik at antall laveste priselementer er et nytt evalueringskriterium*», at det var lite representativt og i strid med kravet til forutberegnelighet at 24 produkter av det totale utvalget på 29 produkter var økologiske, samt at evalueringen var basert på feil faktum, herunder at innklagede hadde lagt inn uriktige priser for klagers produkter.
- (10) Klager ble ved brev 9. mars 2020 informert om at klagen var tatt delvis til følge, og at innklagede hadde foretatt en ny evaluering av «*Rabatt øvrig sortiment*». Innklagede opplyste om at den nye evalueringen var gjort på bakgrunn av et tilfeldig utvalg av 260 produkter fra ulike grupper av tilbydernes øvrige sortiment. Om evalueringen stod det følgende:
- «Ny evaluering er videre foretatt i samsvar med konkurransegrunnlaget, ved at laveste pris for hvert produkt, som angitt, er gitt høyest poengscore. Poengscoren for alle produktene er deretter summert. Etter [innklagedes] oppfatning vil en ren summering av alle prisene, slik klager synes å anføre at bør gjøres, gi et misvisende prisbilde. Dette fordi ett enkeltprodukt med svært lav pris, alternativt svært høy pris, vil gjøre den samlede evalueringen lite egnet til å identifisere [innklagedes] forventede reelle utgifter til dette sortimentet. Uten at det er av betydning for saken, bemerkes imidlertid at valgte tilbyder gjennomgående har lavere priser, og derfor vil være lavest i pris på tildelingskriteriet uavhengig av hvordan evalueringen foretas.»*
- (11) På bakgrunn av innklagedes nye evaluering fikk klager 1,44 vektete poeng på tildelingskriteriet «*Rabatt øvrig sortiment*» og en totalscore på 5,85 vektete poeng. Valgte leverandørs poengscore forble uendret, som tilsvarte en full score på seks vektete poeng. På denne bakgrunn opprettholdt innklagede tildelingen til valgte leverandør.

- (12) Rammeavtalen med valgte leverandør ble inngått 31. mars 2020.
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. april 2020.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. november 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har benyttet feil priser på fem varelinjer i tilleggssortimentet til klager. Dette har medført at klager ikke ble tildelt kontrakten. Innklagede plikter å rette denne feilen, og tildele rammeavtalen til klager. Subsidiært må konkurransen avlyses.
- (16) Innklagede har handlet i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4 og har brutt forskriften § 18-1 femte ledd, ved å benytte en ulovlig utvalgsmetode for evalueringen av «*Rabatt øvrig sortiment*». Utvalgsmetoden, samt fremgangsmåten for fastsetting av utvalget, er i strid med anskaffelsesregelverket ved at den er egnet til å favorisere og forskjellsbehandle leverandørene. Utvalget, som for øvrig ikke er representativt, er valgt etter at tilbudene forelå, noe det ikke er adgang til. Videre baseres evalueringen på summen av hver vare uten på noen måte å vekte varene etter deres relative betydning for anskaffelsen. Kriteriene som er benyttet for evaluering av disse varene avviker vesentlig fra beskrivelsen i konkurransegrunnlaget.
- (17) Det utgjør også et brudd på loven § 4 at innklagede har endret evalueringsmodellen under «*Rabatt øvrig sortiment*» i to omganger – både etter tilbudsåpningen og etter opprinnelig tilbudsevaluering.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Tildelingskriteriet «*Rabatt øvrig sortiment*» er utformet i samsvar med loven § 4 og forskriften § 18-1 femte ledd, og er følgelig lovlig.
- (19) Det erkjennes at det første utvalget på 29 produkter, hvorav 24 var økologiske, ikke var et representativt utvalg av det øvrige sortimentet til leverandørene. Dette utvalget reflekterte heller ikke de relative forskjellene mellom tilbudene. Det erkjennes også at metoden for poengsetting ved den første vurderingen ikke fulgte føringene i konkurransegrunnlaget, og derfor ikke var forutberegnelig. Den nye utvelgelsen av produkter gir imidlertid et representativt utvalg, og metoden for utvelgelsen fremgår på en klar og forutberegnelig måte av konkurransegrunnlaget. Endringen av utvalget i forbindelse med reevalueringen er for øvrig ikke diskriminerende overfor klager. Ettersom klager ikke har oppgitt andre spesifikasjoner enn pris for konkrete forpakninger i sin liste over det øvrige sortimentet, kan leverandørenes produkter kun sammenlignes ved bruk av varenumrene.
- (20) Den nye evalueringen av «*Rabatt øvrig sortiment*» er i tråd med konkurransegrunnlaget. Det er foretatt en prisevaluering av hvert av de utvalgte produktene. Produktet med lavest pris er gitt høyest score, og neste tilbyders produkt er deretter forholdsmessig poengsatt i henhold til dette. Den samlede scoren er deretter summert. Dette er også i samsvar med kravet om at poengberegningen må reflektere relevante forskjeller mellom tilbudene. En ren summering av prisene, som klager anfører at må gjøres, vil gi et misvisende prisbilde. Dersom klagenemnda kommer til at klagers forståelse må legges til grunn, ville utfallet av konkurransen uansett ha vært det samme.

- (21) Konkurransen skulle ikke ha vært avlyst. En eventuell feil vil uansett ikke ha hatt betydning for resultatet i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av en rammeavtale om kjøp av næringsmidler, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til totalt 300 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (23) Det er enighet om at den første tildelingsbeslutningen var ulovlig, og at innklagede dermed hadde både rett og plikt til å annullere denne og treffe en ny tildelingsbeslutning, jf. forskriften § 25-1 fjerde ledd. Det er denne siste tildelingsevalueringen som klagenemnda skal behandle.
- (24) Sakens kjerne knytter seg til tildelingskriteriet «*Rabatt øvrig sortiment*». Klager har en rekke innsigelser til utformingen av tildelingskriteriet og til innklagedes fremgangsmåte ved evalueringen av dette kriteriet. Klagenemnda vil i det følgende behandle klagers anførsler.

Evalueringsmodell

- (25) Klagenemnda påpeker innledningsvis at temaet for en rettslig kontroll ikke er om evalueringsmodellen er optimal, men om den er lovlig. I utgangspunktet er det opp til oppdragsgiver å avgjøre hvordan konkurransen skal legges opp med sikte på å tilrettelegge for at kontrakt kan tildeles den tilbyder som inngir tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, se til sammenligning klagenemndas avgjørelser i sak 2018/27, premiss 25 og i de forente saker 2018/226 og 2018/364, premiss 34.
- (26) Klagenemnda har i tidligere praksis knyttet til stikkprøveevaluering for det første oppstilt et krav om at det må fremgå av konkurransegrunnlaget at tildelingskriteriet vil bli evaluert på bakgrunn av stikkprøver. Dette kravet er oppfylt i denne saken.
- (27) Videre stilles det krav om at utvelgelsen av produkter må være rimelig representativt for det som skal kjøpes, og at innklagede fastsetter metoden for stikkprøveevalueringen senest før tilbudene åpnes, se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2019/262, premiss 93 med videre henvisninger. Klager anfører at ingen av disse betingelsene er oppfylt.
- (28) Innklagede har erkjent at stikkprøveutvalget først ble bestemt etter at tilbudene var åpnet. Innklagede har forklart at det ikke var mulig å velge ut bestemte produkter på forhånd, ettersom man ikke ville vite hvilke produkter leverandørene ville tilby som sitt øvrige sortiment.
- (29) Til dette vil klagenemnda bemerke at det ikke er noe krav om at produktene som skal sammenlignes, er identiske. Et slikt krav kan heller ikke utledes av tildelingskriteriet i denne saken. Det avgjørende ved bedømmelsen av kriteriet, er om produktene er «*sammenlignbare*».

- (30) Bakgrunnen for kravet om å utarbeide listen med sammenlignbare produkter før tilbudene åpnes, er blant annet å sikre overholdelse av det grunnleggende prinsippet om likebehandling i loven § 4. Produktutvalget kan gjøres generelt i den forstand at man velger en type vare (for eksempel jordbærsyltetøy basert på en bestemt vekt, mengde eller andre parametere), uten at man ber om et bestemt merke på produktet. Innklagede kunne også valgt ut mer spesifikke produkter basert på erfaringstall og andre parametere. Slik saken er opplyst, er det ingenting som tilsier at det ikke var mulig for innklagede å identifisere et slikt representativt utvalg av sammenlignbare produkttyper på forhånd. Dersom leverandørene ikke tilbyr enkelte av de varene som er å finne i oppdragsgivers utvalg, er det etter omstendighetene ikke noe til hinder for at de aktuelle produktene utelates fra evalueringen, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sakene 2019/262, premiss 98 til 100 og 2016/33, premiss 56 til 61.
- (31) Innklagede har fremholdt at klager ikke ga tilstrekkelig informasjon om sitt øvrige sortiment til at det var mulig å foreta en evaluering av ikke-identiske, men likevel sammenlignbare, produkter. All den tid klager har oppgitt informasjonen som var etterspurt i konkurransegrunnlaget, kan innklagede klart ikke høres med dette. Innklagede må selv sørge for at konkurransegrunnlaget stiller krav om eventuelle nødvendige opplysninger for å kunne foreta en forsvarlig – og lovlig – evaluering. Problemet i saken er som nevnt nettopp at innklagede ikke på forhånd hadde et bevisst forhold til hvordan denne delen av evalueringen skulle foregå.
- (32) Betingelsen om hvordan stikkprøveevalueringen skulle gjennomføres, herunder metoden for utvelgelse av hvilke og hvor mange produkter som skulle evalueres, var ikke bestemt før innklagede åpnet leverandørenes tilbud. Dette var for øvrig også tilfellet ved den opprinnelige evalueringen. Dette utgjør for øvrig et brudd på kravet til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, og medfører også en risiko for at kravet som stilles til likebehandling er tilsidesatt.
- (33) Stikkprøveevalueringen må etter dette anses ulovlig, da den åpnet for at innklagede, etter at tilbudene var åpnet, vilkårlig kunne avgjøre hvilke og hvor mange produkter det skulle tas stikkprøver på. Dette medfører en risiko for at en leverandør blir favorisert. Klagers anførsel om at innklagede har brukt en ulovlig evalueringsmodell, har på denne bakgrunn ført frem. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å behandle hvorvidt stikkeprøveutvalget oppfylte betingelsen om å utgjøre et rimelig representativt utvalg.
- (34) Bruddet er av en slik karakter at det ikke kunne blitt rettet på en annen måte enn gjennom å avlyse konkurransen. Det er videre en reell mulighet for at konkurransens utfall kunne ha blitt annerledes om vareutvalget var fastsatt før tilbudene var åpnet og undersøkt. Det ligger i et sortiments natur at prisene vil variere fra vare til vare, og at leverandører priser varene sine på ulike måter. Et helt annet utvalg for stikkprøver ville derfor kunne gitt helt andre utslag. Dette gjelder uavhengig av om klager har flere sammenlignbare varer til en høyere pris. Nemnda viser for øvrig til at det er lite som skiller leverandørene poengmessig på priskriteriet, mens leverandørene har scoret likt på de to øvrige tildelingskriteriene. Etter nemndas syn skulle derfor innklagede ha avlyst konkurransen. Bruddet gir også følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforakriften § 13.
- (35) Ettersom klagenemnda har kommet til at innklagede hadde en avlysningsplikt, tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Kriminalomsorgsdirektoratet har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å anvende en ulovlig evalueringsmodell.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk