



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Feil i/uklart konkurransegrunnlag.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for levering av mat og drikke. Klagenemnda kom til at tildelingskriteriet «Pris» var uklart, som følge av cirka-angivelser i prisskjemaet. Klagers øvrige anførsler ble ikke tatt stilling til.

Klagenemndas avgjørelse 8. desember 2020 i sak 2020/770

Klager: Servicegrossistene AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 25. oktober 2019 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for levering av mat og drikke. Rammeavtalene skulle ha en varighet på to år, med mulighet for forlengelse med ett år av gangen. Maksimal samlet avtaleperiode var fire år. Anskaffelsens verdi ble estimert til 570 millioner kroner per år. Tilbudsfristen var 25. november 2019.
- (2) Anskaffelsen var delt inn i 15 delområder etter de ulike varegruppene og helseforetakene. Denne saken dreier seg om delområde 1 «Grossistvarer - Rammeavtale med en leverandør for alle RHF med underliggende helseforetak».
- (3) Tildelingskriteriene med vekting for delområde 1 var «Pris» (60 prosent) og «Kvalitet» (40 prosent).
- (4) Det var videre opplyst at tildelingskriteriet «Kvalitet» ville vurderes basert på opplysninger gitt i tilbudet, innleverte vareprøver og eventuell utprøving av produktene.
- (5) Tildelingskriteriet «Pris» skulle ifølge konkurransegrunnlaget evalueres basert på utfyllt prisskjema. I prisskjemaet var det listet opp 967 ulike varelinjer. I kolonnen «Beskrivelse av etterspurt størrelse (forpakning eller enhetsvekt)» var det for de fleste varelinjer angitt en etterspurt mengde per enhet av varen, med «ca» som fortegn.
- (6) Flere produkter i prisskjemaet var angitt som «Må-vare». I konkurransegrunnlaget stod det om «Må-vare» at:

«Alle produkter som tilbydere skal tilby er spesifisert som «MÅ-VARER», jf. prisskjema. «Må-varene» utgjør minstekrav som må være oppfylt for at tilbudet kan anses å tilfredsstille kravspesifikasjonen. Det gjelder likevel ikke som et absolutt minstekrav, hvor ethvert avvik automatisk resulterer i avvisning. Ved avvik vil oppdragsgiver foreta en

vurdering av avvikets størrelse, avvikets betydning for oppdragsgiver og for konkurransen i sin helhet. Varelinjens betydning for den totale leveransen er her av betydning. Det presiseres at ett enkelt avvik kan være vesentlig.

Dersom avviket ikke er vesentlig vil Oppdragsgiver i evalueringen av varelinjen/produktet gi det høyeste pris av samtlige inngitte priser + et 10 % påslag.»

- (7) Tilsvarende om prisjustering stod det i konkurransegrunnlaget at:

«For varelinjer/produkter som tilbydere ikke kan tilby og som ikke er spesifisert som «MÅ-VARER», vil Oppdragsgiver i evalueringen av varelinjen/produktet gi det høyeste pris av samtlige inngitte priser + et 10 % påslag. Det samme vil gjelde ved manglende tilbud på «MÅ-VARER» som ikke medfører avvisning av tilbudet, jf. punkt 3.11, over.»

- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud for delkontrakt 1, herunder fra ASKO Norge AS og Servicegrossistene AS (heretter *klager*).

- (9) Innklagede meddelte i brev av 12. juni 2020 at kontrakt for delområde 1 ble tildelt ASKO Norge AS (heretter *valgte leverandør*). Det fremgikk av brevet at det ble etterspurt og vurdert 48 vareprøver for delområde 1. Det var blant annet angitt følgende om prisevalueringen:

«For varelinjer/produkter som oppdragsgiver har vurdert at tilbyder ikke kan tilby, er det for varelinjen/produktet gitt høyeste pris av samtlige inngitte priser + 10 % påslag. Eksempel på dette er når leverandøren ikke kan tilby eller tilbyr et annet produkt enn etterspurt, eller når størrelser/vekt/volum/antall går utover +/- 15 % der begrepet «cirka» er benyttet i varelinjebeskrivelsen. Der beskrivelsen ikke inneholder «cirka» er det ikke god tatt avvik for størrelser/vekt/volum/antall.»

- (10) I e-post datert 24. juni 2020, forklarte innklagede om valget av avviksintervallet på 15 prosent. Blant annet skrev innklagede:

«Avviksintervallet på 15 % ble ikke tatt stilling til før tilbudsfristen, all den tid det ikke var mulig å fastsette dette før man så det reelle utvalget som ble tilbudt fra leverandørene. Man kjente på forhånd ikke til hvor stor andel av produktene som ville avvike fra etterspurt volumstørrelser. Det ble som del av forberedelsen til evalueringen vurdert å sette prosentsatsen til kun å tillate 10 % avvik for de varelinjene hvor det var etterspurt en «ca» størrelse, men det ville medføre såpass store mengder avvik at det kunne utgjøre fare for bortfall av reell konkurranse. Det ble også vurdert å sette høyere prosentsatser, men dette ville kunne komme i konflikt med en naturlig språklig forståelse av betegnelsen «cirka» størrelse, som var det etterspurte i konkurransedokumentene. En prosentsats på opp mot 20 % ville også kunne medføre at tilbydere med et, i realiteten for lite treffende vareutvalg, ville endt med uforholdsmessig høy score».

- (11) Klager påklaget tildelingen. Innklagede omgjorde deretter tildelingen ved brev datert 9. september 2020. Av dette fremgikk det at ASKO Norge AS på nytt ble tildelt kontrakten med totalt 9,8955 poeng. Klager fikk 9,8901 poeng.

				«Pris – 60 %		Kvalitet – 40 %	
Rang	Tilbyders navn	Sum poeng	Total handlekurv	Score	Poeng	Score	Poeng
1	ASKO Norge AS	9,8955	kr 131 540 920	10,00	6,00	9,74	3,90
2	Servicegrossistene AS	9,8901	kr 133 995 970	9,82	5,89	10,00	4,00»

- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 9. oktober 2020.
- (13) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (14) Valgte leverandør har inngitt kommentarer i saken, ved brev datert 11. november 2020.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. desember 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagedes angivelse av «ca» i kravspesifikasjonen/prisskjemaet medfører at konkurransegrunnlaget er uklart. Videre er fastsettelsen av en avviksmargin på +/- 15 prosent etter tilbudsåpning ulovlig, og i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 4.
- (17) Prissettingen av ikke-vesentlige avvik som innklagede legger opp til i konkurransegrunnlaget, og faktisk har gjennomført, er i strid med anskaffelsesregelverket. Det er ikke grunnlag for å prissette avvik dersom tilbudene – til tross for avvikene – fortsatt er sammenlignbare. Avvik fra etterspurte størrelse påvirker ikke prisevalueringen.
- (18) Selv om det skulle være adgang til prissetting av avvik i størrelse/vekt/volum/antall slik innklagede har gjort, er fremgangsmåten med å legge til grunn høyeste pris + 10 prosent påslag, i strid med anskaffelsesregelverket. Prisjusteringen reflekterer ikke reelle merkostnader for innklagede.
- (19) Konsekvensen av innklagedes prisjusteringer, er at tildelingskriteriet «Pris» ikke oppfyller krav til egnethet og til at relevante styrker og svakheter skal premieres. Tildelingskriteriet er i strid med anskaffelsesregelverket, og innklagede har handlet i strid med kravene til forutberegnelighet, likebehandling og konkurranse i loven § 4.
- (20) Innklagede har handlet i strid med det grunnleggende kravet til konkurranse ved ikke å akseptere produkter med større avvik enn +/- 15 prosent, jf. loven § 4.

- (21) Innklagede har brutt regelverket da vareprøveutvalget på 48 produkter av totalt 967 varer ikke er representativt. Når evalueringen baseres på et utvalg av produkter, plikter oppdragsgiver å sikre at utvalget er rimelig representativt for det som skal kjøpes.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å fastsette en avviksmargin på +/- 15 prosent. Størrelsesangivelsen har sin bakgrunn i det som er kundens behov. Det er viktig at enhetsstørrelsene ikke er for store eller for små. Konkurranses grunnlaget og en naturlig språklig forståelse av «ca» utgjorde en begrensning for hvor store avvik oppdragsgiver kunne tillate. Så lenge oppdragsgiver har satt en avviksmargin som er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget, er det ikke begått noen anskaffelsesrettslig feil.
- (23) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å bruke et påslag for prising av avvik. Påslagsregelen var forutberegnelig, saklig og forsvarlig. Påslaget på 10 prosent skulle gjenspeile markedspris med en sikkerhetsmargin. Oppdragsgiver må kjøpe denne varelinjen fra en annen leverandør om vinnende leverandør ikke kan tilby varelinjen. Modellen med høyeste pris pluss 10 prosent, var ment å ivareta det kunden måtte forvente å betale.
- (24) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å innhente 48 vareprøver. Vareprøveutvalget var en strategisk beslutning der ressurs hensyn ble veid opp mot merverdi ved å ha utprøving av flere varelinjer på dette delområdet. Dette ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale for levering av mat og drikke som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 570 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.

Uklart konkurransegrunnlag

- (26) Klager anfører at innklagedes angivelse av «ca» i prisskjemaet medfører at konkurransegrunnlaget er uklart.
- (27) Klagenemnda vil i det følgende vurdere hvilke føringer konkurransegrunnlaget ga om hvordan tildelingskriteriet «Pris» skulle evalueres. Utgangspunktet er at tildelingskriteriene skal utformes på en klar og utvetydig måte, slik det fremgår av flere saker fra EU-domstolen, blant annet sak C-19/99 SIAC Construction. Dette klarhetskravet innebærer at tildelingskriteriene skal gi en normalt påpasselig leverandør tilstrekkelig informasjon om hvilke egenskaper som er relevante i bedømmelsen av kriteriet.
- (28) Tildelingskriteriet «Pris» skulle ifølge konkurransegrunnlaget evalueres basert på utfyllt prisskjema. I prisskjema for «Delområde 1: Grossistvarer» var den ene kolonnen oppgitt som «Beskrivelse av etterspurt størrelse (forpakning eller enhetsvekt)». Under denne kolonnen, til hver varelinje, var det etterspurt en «ca» forpakkingsstørrelse eller enhetsvekt.

- (29) I prisskjemaet var det angitt for «MÅ-VARER» at «[v]ed avvik vil oppdragsgiver foreta en vurdering av avvikets størrelse, avvikets betydning for oppdragsgiver og for konkurransen i sin helhet. Varelinjens betydning for den totale leveransen er her av betydning. Det presiseres at ett enkelt avvik kan være vesentlig.

Dersom avviket ikke er vesentlig vil Oppdragsgiver i evalueringen av varelinjen/produktet gi det høyeste pris av samtlige inngitte priser + et 10 % påslag.»

- (30) Det var ikke angitt i konkurransegrunnlaget hvordan «ca» skulle forstås og evalueres. Det forelå altså ingen informasjon i konkurransegrunnlaget om hva som var terskelen for når det tilbudte produktets størrelse ville gå utover cirka-angivelsene i prisskjemaet. På den bakgrunn, er klagenemnda av den oppfatning at innklagedes angivelse av «ca» i prisskjemaet medførte at konkurransegrunnlaget er uklart.
- (31) Til støtte for nemndas oppfatning er at innklagede ikke hadde fastsatt hvor terskelen for avvik skulle ligge før tilbudene var åpnet. Innklagede har uttalt at avviksintervallet ikke var mulig å fastsette før man så det reelle utvalget som ble tilbudt fra leverandørene. Først etter tilbudsåpning bestemte innklagede seg for at terskelen skulle ligge på +/- 15 prosent. Innklagede hadde altså heller ikke en klar tanke om hvor terskelen for avvik skulle ligge ved utformingen av konkurransegrunnlaget. At tildelingskriteriet er uklart på dette punktet, bekreftes også av hvordan leverandørene utformet sine tilbud. Både klager og valgte leverandør har tilbudt produkter som avviker med mer enn +/- 15 prosent.
- (32) Et uklart tildelingskriterium knytter seg til grunnleggende forutsetninger for konkurransen og leverandørenes tilbud. Videre var poengforskjellen mellom klager og valgte leverandør 0,0054 poeng. Denne feilen vil bare kunne repareres ved å avlyse konkurransen og kunngjøre en konkurranse med et tilstrekkelig klart konkurransegrunnlag.
- (33) På bakgrunn av resultatet klagenemnda har kommet til, tar ikke nemnda stilling til klagers øvrige anførsler. Regelbruddet kan ha innvirket på resultatet av konkurransen og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved at tildelingskriteriet «Pris» var uklart.

Klagers øvrige anførsler ble ikke tatt stilling til.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arnt Skjefstad