



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. Begrunnelse. De generelle kravene i § 4. Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Tildelingsevaluering. Ulovlig tildelingskriterium

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for næringsmidler. Klager anførte at det forelå en rekke feil ved konkurransen, herunder feil i konkurransegrunnlaget, uklart konkurransegrunnlag, feil ved tildelingsevalueringen, feil ved vareprøveevalueringen og manglende begrunnelse. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 27. januar 2021 i sak 2020/804

Klager: Cater Drammen AS

Innklaget: Øvre Eiker kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Sverre Nyhus.

Bakgrunn:

- (1) Øvre Eiker, Lier, Kongsberg og Modum kommune kunngjorde 11. juni 2020 en anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om levering av næringsmidler til kommunale foretak i totalt 18 kommuner i Viken Vest. Øvre Eiker kommune hadde hovedansvaret for gjennomføringen av anskaffelsen. Tilbudsfristen var 27. august 2020.
- (2) Anskaffelsen var delt inn i seks varegrupper – «1 – Dagligvarer», «2 – Fisk og fiskeprodukter, kjøll og frossen», «3 – Fugl, fjærkre, egg og produkter av disse», «4 – Ferske grønnsaker», «5 – Melk og meieriprodukter» og «6 – Kjøtt og kjøttprodukter, fersk og frossen». Det var adgang til å levere tilbud på en eller flere av varegruppene.
- (3) De forskjellige varegruppene hadde estimerte årlige volumer på mellom 1,3 og 35,5 millioner kroner ekskl. mva. Under estimatene var det i konkurransegrunnlaget opplyst at «Estimatet er ikke bindende for oppdragsgiver. Behovet er usikkert da volumet er knyttet til tidligere rammeavtale. [...] Volumet må derfor betraktes som et anslag og er ikke bindende».
- (4) Det skulle tildeles kontrakt til en leverandør per varegruppe. Tildeling skulle skje på grunnlag av tildelingskriteriene «Priser og kostnader» (40 prosent), «Service» (10 prosent), «Produktkvalitet» (30 prosent) og «Miljø» (20 prosent).
- (5) For tildelingskriteriet «Produktkvalitet» var det opplyst følgende:

«Oppdragsgiver vil under dette tildelingskriteriet vurdere [kvaliteten] på de tilbudte produktene på prisskjemaet. Samtlige produkter i prisskjemaet vil bli evaluert ved at faggruppen ser på tilbudt produkt på oppgitt link med bilde og beskrivelse.

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

I tillegg vil Oppdragsgiver teste noen utvalgte produkter. (se pkt.b under)

Disse produkter har Oppdragsgiver valgt ut på grunn av Oppdragsgivers erfaring av store forskjeller i smak og innhold».

- (6) Videre fremgikk det av samme punkt at det var «*Ansatte som har involvering med matlagning i Viken Vest*» som ville vurdere produktkvaliteten. Dette skulle gjennomføres som en blindtest, som også var beskrevet. Innklagede opplyste videre om at det i de tilfeller hvor man var usikker på produktkvaliteten, kunne innklagede «*ettespørre flere vareprøver enn de som er opplistet*».
- (7) Av svarboks a fremgikk det så at leverandørene skulle oppgi link til nettsted, hvor varene var tilgjengelig «*med varebeskrivelse og bilde av tilbudt vare*». I svarboks b var det opplyst at «*Oppdragsgiver vil under dette tildelingskriteriet vurdere kvaliteten og vareutvalget på de tilbudte produkter*». Dette var etterfulgt av en liste med produkter det skulle gjennomføres en vareprøveevaluering av. Under listen av produkter fremgikk det:

«*Oppdragsgiver vil vektlegge følgende kriterier ved evalueringen (ikke uttømmende):*
 - *produktets næringsinnhold*
 - *informasjon og deklarasjoner som fremgår av produktet*
 - *smak*
 - *lukt*
 - *presentasjon*
 - *merkeordninger, eksempelvis om varen er etisk produsert eller lignende*»
- (8) For tildelingskriteriet «*Service*» var det i svarboks d angitt at «*Tilbyder skal beskrive hvilke av produktene [som] tilbys både som ferskt og frossent og hvilke prismessig betydning det vil ha for rammeavtalens priser*».
- (9) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Asko Norge AS, Bama Storkjøkken AS og Cater Drammen AS (heretter *klager*). Klager innga tilbud på varegruppene 1, 2, 3, 4 og 6. Klagen retter seg mot samtlige varegrupper klager leverte tilbud på.
- (10) Innklagede meddelte i brev av 1. oktober 2020 at kontrakt for delområde 1, 2, 3 og 6 var tildelt Asko Norge (heretter *Asko*). Kontrakt for delområde 4 ble tildelt Bama Storkjøkken AS (heretter *Bama*).
- (11) Klager påklaget tildelingen. Innklagede meddelte i brev av 13. oktober 2020 at klagen ikke ble tatt til følge.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. oktober 2020. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. januar 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å oppstille et konkurransegrunnlag som inneholder feil. Det er angitt ikke-bindende mengdeangivelser for de enkelte varegrupper, samt at de beregninger som er gjort for volumestimatene for varegruppe 6 i prisskjemaet ikke er forsvarlige. Dette er forhold som medfører avlysningsplikt.
- (15) Videre er ikke konkurransegrunnlaget tilstrekkelig klart, ved at det ikke er tydelig angitt hvilke egenskaper, informasjon og opplysninger som skal evalueres for tildelingskriteriet «*Produktkvalitet*» for de varer som ikke er del av vareprøveevalueringen. Tildelingskriteriet er også så skjønnspreget at det gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet.
- (16) Svarboksene under hvert tildelingskriterium må forstås som underkriterier. Evalueringene som er gjort for disse, og trekkene som er gitt, både for «*Produktkvalitet*» og «*Service*» er gjennomført i strid med det som fremgår av konkurransegrunnlaget.
- (17) Innklagede har gjort en rekke feil ved evalueringen av tildelingskriteriet «*Produktkvalitet*». Klagers tilbud har fått trekk for å tilby mindre kjente merkevarer, og det er vektlagt at det manglet informasjon om opprinnelsesland for enkelte av klagers produkter. Konkurransegrunnlaget åpner ikke for å gi trekk for disse forholdene. Innklagede har basert tildelingsevalueringen på feil faktum, da det påstås at det mangler bilder og er gitt dårlig beskrivelse av produktene på nettsiden til klager. Det forelå tilstrekkelig informasjon til å evaluere produktene, og det er opp til innklagede å dokumentere at denne informasjonen manglet på evalueringstidspunktet. Det er ikke gjort.
- (18) Videre er det også gjort en rekke feil i vareprøveevalueringen. Poengsummen som er gitt i svarskjemaene fra blindtesten, gir ikke samme totalsum som den score som er oppført i evalueringsskjemaet. Det er ikke alle momenter som er evaluert for alle produkter. Mange av svarskjemaene fra blindtesten inneholder også svært avvikende poengsummer for samme produkt. Dette gjør at vareprøveevalueringen er vilkårlig. Det skulle også vært fastsatt en objektiv, felles forståelse av innholdet i momentene i forkant av blindtesten.
- (19) Også for evalueringen av tildelingskriteriet «*Service*» har innklagede brutt regelverket. For svarboks d er det evaluert fast pris mot varierende pris, noe konkurransegrunnlaget ikke åpnet for.
- (20) Det er gitt en mangelfull begrunnelse for evalueringen av tildelingskriteriet «*Produktkvalitet*» for varegruppe 1, 3 og 6. Særlig gjelder dette varegruppe 1 hvor det er opplyst at beste tilbud var «*mer i samsvar med det som er etterspurt*».

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Det bestrides at regelverket er brutt ved gjennomføringen av anskaffelsen. Konkurransegrunnlaget inneholder ikke feil. Det foreligger ingen plikt til å angi bindende mengdeangivelser for en rammeavtale. Videre er volumestimatene for varegruppe 6 i prisskjemaet ikke kun basert på det klager tidligere har levert til innklagede. Innklagede består her av flere enheter enn den tidligere rammeavtalen med klager, og deres tall kan

derfor ikke tjene som sammenligningsgrunnlag. I tillegg er enkelte varelinjer med lignende produkter slått sammen av forenklingshensyn.

- (22) Konkurranses grunnlaget er tilstrekkelig klart, og angir tydelig hvilke momenter som skal evalueres under tildelingskriteriet «*Produktkvalitet*». Kriteriet er heller ikke så skjønnspreget at det gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet.
- (23) Det er ikke oppstilt separate underkriterier for tildelingskriteriene. Dette er kun momenter som skal inngå i en helhetsvurdering.
- (24) Det bestrides at klager har fått urettmessig trekk i evalueringen av «*Produktkvalitet*». Det er ikke gitt trekk for at klager har tilbudt mindre kjente merkevarer. Dette er inntatt som en faktaopplysning om tilbudet. Slik tildelingskriteriet er formulert, er det også adgang til å vektlegge om det foreligger opplysninger om opprinnelsesland eller ikke. Klagers tilbudte produkter er evaluert i henhold til konkurranses grunnlaget, og basert på de opplysninger som fremgikk av de oppgitte nettsidene. Det er klagers risiko at disse ikke inneholdt tilstrekkelig informasjon.
- (25) Også vareprøveevalueringen er gjennomført i henhold til konkurranses grunnlaget. Svarskjemaene fra blindtesten er ikke summert for å gi en totalsum, men inngår som en del av grunnlaget for den evaluering som er gjennomført og har resultert i de forskjellige poengsummer. Selv om det er angitt en rekke momenter i konkurranses grunnlaget, er ikke innklagede bundet til å vurdere samtlige momenter for samtlige produkter. Det er innenfor oppdragsgivers skjønn å vurdere om momentene egner seg for vurdering for hvert enkelt produkt eller ikke. For momentet «*Merkeordning*» var det store forskjeller i forståelsen av innholdet i evalueringen. For dette momentet er det derfor sett bort fra poengsummene fra svarskjemaene, og hele evalueringen er basert på den etterfølgende evalueringen gjennomført av faggruppen. For de øvrige momenter var det ikke nødvendig å fastsette en felles, objektiv forståelse av innholdet i momentene. Blindtesten ble gjennomført av faglig personell som arbeider med matlaging i Vestre Viken. Å gi poengscore er derfor innenfor deres faglige skjønn.
- (26) Selv om det i prisskjemaene var spesifisert at det skulle leveres ferske varer til vareprøveevalueringen, leverte klager en rekke av disse frossen. For enkelte varelinjer ble det også levert feil produkt.
- (27) For tildelingskriteriet «*Service*» svarboks d, er det ikke evaluert fast pris mot varierende pris slik klager anfører. Det er vurdert hva som er tilbudt, og om dette er frossent eller ferskt. For denne gruppen har Bama kun tilbudt ferske varer, og har gitt bedre alternativer til prisregulering.
- (28) Det bestrides også at det er gitt en mangelfull begrunnelse. Den begrunnelse som er gitt gir klager mulighet til å, på objektivt grunnlag, forstå hvilke forhold som har gjort at Askos tilbud ble vurdert som best.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder levering av næringsmidler, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi ligger ifølge konkurranses grunnlaget over EØS-terskelverdien i forskrift om offentlige anskaffelser av

12. august 2016 nr. 974 § 5-3 (1) bokstav b. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen dermed forskriften del I og del III.

Feil i konkurransegrunnlag

- (30) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å angi ikke-bindende mengdeangivelser i konkurransegrunnlaget som skal gjelde under rammeavtalene for de enkelte varegrupper.
- (31) I konkurransegrunnlaget var det oppgitt en estimert årlig verdi for hver varegruppe, og presisert at volumet måtte *«betraktes som anslag og er ikke bindende»*.
- (32) Det følger av forskriften § 5-4 (5) om beregning av anskaffelsens anslåtte verdi at oppdragsgiver ved rammeavtaler skal *«legge til grunn den maksimale verdien av alle kontraktene som han forventer å inngå i løpet av avtalens [...] varighet»*. Det kreves ikke at denne verdien er nøyaktig, men det er et krav at beregningen er *«forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen»*, jf. (2). Klagenemnda kan ikke se at innklagede, ved å angi i konkurransegrunnlaget at den estimerte årlige verdien ikke er bindende, har brutt regelverket. Klagers henvisning til EU-domstolens sak C-216/17 *ASST* er ikke av relevans i vår sak.
- (33) Klagers anførsel har ikke ført frem.
- (34) Klager har videre anført at det er gjort uforsvarlige beregninger av volumestimatene i prisskjemaet for varegruppe 6.
- (35) Som grunnlag for dette har klager utarbeidet en oversikt over innklagedes reelle innkjøp på bakgrunn av leveranser de siste årene, da klager er eksisterende leverandør til innklagede. I oversikten avviker de anslåtte volumene og de reelle kjøpene med alt fra -82 prosent til +11 890 prosent. Videre påpeker klager at samtlige innkomne tilbud er omkring 127 prosent dyrere enn det estimerte årlige beløpet for varegruppe 6, noe som etter klagers oppfatning tydeliggjør at volumestimatene ikke er forsvarlig beregnet.
- (36) Innklagede har forklart at innklagede i denne konkurransen består av flere deltakere enn de som klager er eksisterende leverandør for. Klagers egne leveringstall vil derfor ikke kunne tjene som grunnlag for estimering av planlagt mengde. Videre er det foretatt en forenkling av flere likelydende produkter med hensyn til størrelse, produkt og lignende. Det er også forklart at dersom de varelinjene som gir store avvik i volum fjernes fra prisene, vil dette ikke få innvirkning på resultatet i konkurransen.
- (37) Klagenemnda har ikke rettslige innvendinger mot innklagedes fremgangsmåte. Klagers anførsel har ikke ført frem.

Tildelingskriteriet «Produktkvalitet»

- (38) Klager har anført at tildelingskriteriet *«Produktkvalitet»* er ulovlig fordi det ikke er tilstrekkelig klart utformet. Klager anfører nærmere bestemt at det ikke er tilstrekkelig klart hvilke opplysninger eller hvilken informasjon i leverandørenes produktdatablad eller nettsider som ville bli vektlagt i evalueringen av dette kriteriet.
- (39) 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 innebærer at tildelingskriteriene skal gi en normalt påpasselig leverandør tilstrekkelig informasjon om hvilke egenskaper som er relevante i bedømmelsen av kriteriet.

- (40) Tildelingskriteriet «*Produktkvalitet*» besto av to svarbokser – a og b. Svarboksene inneholdt informasjon om hvilken dokumentasjon leverandørene måtte levere og hvilke momenter som ville bli vektlagt. Generell informasjon om tildelingskriteriet, samt informasjon om hvordan innklagede tenkte å gå frem for å evaluere tilbudene, ble gitt i teksten over de to svarboksene.
- (41) Klager har anført at konkurransegrunnlaget må tolkes dithen at svarboksene utgjør underkriterier, og at innklagede har gitt trekk for de forskjellige punktene i strid med konkurransegrunnlaget. Klagenemnda er ikke enig i klagers forståelse av tildelingskriteriene. Det fremgikk klart av konkurransegrunnlaget at svarboksene bestod av spørsmål leverandørene skulle besvare. Videre svarte innklagede at det skulle gjennomføres en «*helhetlig vurdering*» når klager stilte spørsmål ved dette forholdet i forkant av tilbudsfristen.
- (42) I teksten over svarboksene fremgikk det at oppdragsgiver under dette tildelingskriteriet skulle «*vurdere [kvaliteten] på de tilbudte produktene på prisskjemaet*». Dette skulle gjøres «*ved at faggruppen ser på tilbudt produkt på oppgitt link med bilde og beskrivelse*». Videre fremgikk det at innklagede skulle teste noen utvalgte produkter, som var valgt ut på bakgrunn av erfaring med store forskjeller i smak og innhold.
- (43) I svarboks a ble leverandørene bedt om å oppgi en link til et nettsted, hvor varene var tilgjengelig, med varebeskrivelse og bilde av de tilbudte varene. Hvilke varelinjer innklagede ønsket å teste, fremgikk av svarboks b. Avslutningsvis i svarboksen var det opplyst at «*Oppdragsgiver vil vektlegge følgende kriterier ved evalueringen (ikke uttømmende):*», etterfulgt av en liste med punktene «*Produktets næringsinnhold*», «*Informasjon og deklarasjoner som fremgår av produktet*», «*Smak*», «*Lukt*», «*Presentasjon*» og «*Merkeordninger, eksempelvis om varen er etisk produsert eller lignende*».
- (44) Selv om det ikke fremgikk konkrete momenter i svarboks a, slik det gjorde for svarboks b, er klagenemnda av den oppfatning at det fremgikk klart nok av konkurransegrunnlaget hva som skulle evalueres – produktens kvalitet, herunder næringsinnhold. I svarboks a var leverandørene bedt om å oppgi link til nettside med varebeskrivelse og bilde av tilbudt vare. I den generelle teksten var det også presisert at varens næringsinnhold skulle fremgå på denne nettsiden.
- (45) Klagers anførsel om at konkurransegrunnlaget var uklart, har ikke ført frem.
- (46) Videre anfører klager at tildelingskriteriet «*Produktkvalitet*» er ulovlig fordi det strider mot forskriften § 18-1 (5), ved at det er så skjønnspreget at det gir oppdragsgiver en «*ubegrenset valgfrihet*». Bestemmelsen innebærer ikke et forbud mot å oppstille tildelingskriterier som åpner for skjønnsmessige vurderinger, men stenger for tildelingskriterier som gir en «*ubegrenset*» valgfrihet.
- (47) For å sikre at tilbudene blir sammenlignet og vurdert objektivt, må tildelingskriteriene være objektive. Dette innebærer videre at tilbyderne til en viss grad skal kunne forutberegne sin posisjon hva gjelder oppfyllelse av tildelingskriteriene. Dette innebærer

likevel ikke at tilbyderne med sikkerhet skal ha mulighet til å vite hvilken score tilbudet vil oppnå.

- (48) Om et kriterium eller moment i seg selv er subjektiv og ikke objektivt, kan ikke være avgjørende. Selve testingen av varene ble gjennomført som en blindtest, og testpersonenes preferanser for bestemte leverandører, produkter eller merker, har dermed ikke spilt inn i vurderingen. Innklagede har på denne måten ivaretatt at vurderingen er objektiv, og dermed ikke fått et «ubegrenset» skjønn, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2020/888, avsnitt 35 til 39.
- (49) Klagers anførsel har ikke ført frem.

Evaluering av tildelingskriteriet «Produktkvalitet»

- (50) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene. Anførselen knytter seg nærmere bestemt til bedømmelsen av tildelingskriteriet «Produktkvalitet».
- (51) Det bemerkes innledningsvis at den rettslige kontrollen ved evalueringen av tilbudene er begrenset. Det som kan prøves, er om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, og om skjønnsutøvelsen er vilkårlig, sterkt urimelig eller for øvrig i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, se eksempelvis Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 side 1738, avsnitt 44. Oppdragsgiver har ingen plikt til å gi en detaljert beskrivelse av hvilke forhold som har blitt vurdert under hvert enkelt tildelingskriterium. Det avgjørende er om oppdragsgiver holder seg innenfor de angitte vurderingstemaene. Dette innebærer at oppdragsgiver også kan vektlegge forhold som ikke er uttrykkelig nevnt i konkurransegrunnlaget, men som omfattes av en naturlig forståelse av det aktuelle kriteriet, jf. Underrettens avgjørelse i sak T-477/15 avsnitt 131 og klagenemndas avgjørelse i sak 2016/54, avsnitt 26.
- (52) For det første viser klager til at det er i strid med konkurransegrunnlaget at det er gitt trekk for kvalitet under punkt a) for tildelingskriteriet «Produktkvalitet», da svarboksene må forstås som underkriterier, og det derfor kun kan gis trekk for dette under punkt b). Som vist i avsnitt 41 kan ikke konkurransegrunnlaget forstås på den måten som klager her gir uttrykk for. Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, er det ikke tvil om at innklagede – også ut fra informasjonen på leverandørenes nettsider, jf. svarboks a – ville vurdere produktenes kvalitet, herunder næringsinnhold. Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har gått utenfor de rammene som konkurransegrunnlaget oppstilte. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (53) Videre viser klager til at klager for to av varegruppene har fått trekk for å ha tilbudt mindre kjente merkevarer, og at Asko har fått bedre score for å tilby kjente merkevarer.
- (54) I evalueringen av varegruppe 1 var det for klagers tilbud inntatt følgende i evalueringen av «Produktkvalitet»:

«Tilbyr varer fra mindre kjente og rimelige merker, dårlig beskrivelse av produkter og bilder på nettsider. Beste besvarelse tilbyr gode produkter med merkevarer, produkter mer i samsvar med det som er etterspurt, bilder på nettsider og beskrivelser med høyere kvalitet på produksjon (færre spor av allergener i tilbudte produkter)».

- (55) For Askos tilbud var det for samme punkt oppgitt følgende: «*Beste besvarelse. Tilbyr gode produkter med kjente merkevarer og har bilder på nettsidene, slik at det var enkelt å lese om produktene*».
- (56) For evaluering av klagers tilbud i varegruppe 3 var det i begrunnelsen opplyst at:
- «Tilbyr eget merke på flere av produktene. Mangler bilde på flere av tilbudte produkter, ikke oppgitt allergener på flere produkter (henvises til å kontakte leverandør), mangler opprinnelsesland eller næringsinnhold flere steder eksempelvis på kyllinglårkjøtt. Hønsefrikasse kommer med feilkode om at det er tidsbegrenset innhold eller at varen kan være utgått. Beste besvarelse har tilbudt produkter med høy kvalitet, god produktbeskrivelse med opprinnelsesland, næringsinnhold og bilder».*
- (57) Leverandørene må i utgangspunktet kunne stole på at det som fremgår av begrunnelsen om evalueringen, rent faktisk er vektlagt i evalueringen, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/400, avsnitt 29. Feil ved begrunnelsen medfører imidlertid ikke nødvendigvis at evalueringen er i strid med regelverket, se samme avgjørelse i avsnitt 30.
- (58) Innklagede har forklart at opplysningene om at det er tilbudt kjente merkevarer eller ikke, er inntatt som faktaopplysninger for å vise hvilke forskjeller som forelå mellom tilbudene. Den omstendighet at klager tilbød mindre kjente merkevarer, var ikke en del av årsaken til at klager fikk trekk. Dette samsvarer for øvrig med opplysningene i konkurransegrunnlaget, hvor innklagede presiserte at man var interessert i tilbud på «*mindre kjente merkevarer, men som har god pris og kvalitet*».
- (59) Det var altså ikke om merkevaren var kjent eller ikke som ga uttelling, men vurderingen av kvaliteten på varen. Det avgjørende for at klager fikk dårligere score enn Asko på de aktuelle varelinjene, var blant annet at det var gitt dårlige beskrivelser av de tilbudte produktene, at det manglet informasjon om allergener, opprinnelsesland og næringsinnhold for enkelte produkter, og at det for andre produkter var flere spor av allergener enn i beste tilbud.
- (60) Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagede har gått utenfor de rammer konkurransegrunnlaget oppstiller for innklagedes skjønn. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (61) Klager viser også til at det i evalueringen er vektlagt om det er opplyst opprinnelsesland eller ikke, og at konkurransegrunnlaget ikke åpnet for dette.
- (62) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at innklagede ville vektlegge «*informasjon og deklarasjoner som fremgår av produktet*». Etter klagenemndas syn vil dette også kunne omfatte et produkts opprinnelsesland. Hvor et produkt er produsert kan være av betydning for kvaliteten av flere årsaker. At innklagede har gitt trekk for manglende opplysninger om opprinnelsesland er derfor innenfor de rammer konkurransegrunnlaget oppstiller. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (63) Videre anfører klager at tildelingsevalueringen er basert på feil faktum. Nærmere bestemt mener klager at det er gitt urettmessig trekk for dårlig beskrivelse av produktene på nettsidene samt manglende bilder. Klager mener at det forelå tilstrekkelig informasjon og bilder på nettsiden på evalueringstidspunktet, og at innklagede er pliktig til å dokumentere at dette ikke forelå. Videre anfører klager at innklagede plikter å etterspørre den

manglende informasjonen når de manglende opplysningene skyldes uklarheter i konkurransegrunnlaget.

- (64) Klagenemnda har ovenfor konstatert at konkurransegrunnlaget ikke var uklart med tanke på hvilke momenter som ville bli vektlagt i evalueringen av tildelingskriteriet «*Produktkvalitet*». Innklagede har forklart at de lenkene som klager oppga på evalueringstidspunktet inneholdt dårlig informasjon om flere produkter, at det manglet enkelte bilder, opplysninger om opprinnelsesland, næringsinnhold og allergener. Denne forklaringen har ikke klagenemnda grunnlag for å overprøve. Når innklagede, som følge av de nevnte manglene ved informasjonen på klagers nettside, trakk klagers tilbud i poeng, var dette altså ikke fordi evalueringen var basert på feil faktum, men fordi klagers nettside inneholdt uklarheter. Det følger av forskriften § 23-3 at leverandøren har risikoen for disse uklarhetene.
- (65) Innklagede hadde heller ingen plikt til å avklare disse uklarhetene med klager. Forskriftens utgangspunkt er at oppdragsgiver har en rett, men ikke en plikt til å avklare uklarheter ved tilbudet, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2019/645, avsnitt 50 flg. I praksis er det lagt til grunn at det etter omstendighetene kan foreligge en avklaringsplikt, se for eksempel lagmannsrettens kjennelse i LB-2018-147988. Det fremgår av kjennelsen at en avklaringsplikt kan foreligge dersom «*[...] det i lys av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene kan fremstå som urimelig, uforholdsmessig eller i strid med likebehandlingsprinsippet at ikke oppdragsgiver foretar avklaring. Dette kan for eksempel gjelde der uklarheter i tilbudet skyldes uklarhet i konkurransegrunnlaget*». Klagenemnda kan ikke se at dette er tilfellet i denne saken.
- (66) Klagers anførsel fører ikke frem.

Vareprøveevaluering av utvalgte varelinjer

- (67) Klager har fremsatt en rekke innsigelser mot innklagedes gjennomføring av vareprøveevalueringen.
- (68) I konkurransegrunnlaget var det som nevnt opplyst at samtlige produkter ville bli vurdert «*på oppgitt link med bilde og beskrivelse*». I tillegg ville innklagede, for «*noen utvalgte produkter*», gjennomføre en vareprøveevaluering. I denne evalueringen ville innklagede vurdere momenter som smak, lukt og presentasjon. Det var opplyst at bakgrunnen for vareprøveevalueringen var «*erfaring av store forskjeller i smak og innhold*». Om gjennomføringen av vareprøveevalueringen var det opplyst at dette ville gjennomføres som en blindtest, samt en kort forklaring på hvordan dette var tenkt gjennomført. Ved gjennomføringen av blindtesten fikk hver testperson utdelt standardiserte skjemaer med de ulike momenter som skulle evalueres (næringsinnhold, informasjon og deklarasjoner, smak, lukt, presentasjon og merkeordninger). Disse skulle så sette en score fra 0-10 poeng på de forskjellige momentene for hvert testprodukt fra hver leverandør.
- (69) Det var i konkurransegrunnlaget opplyst at det skulle leveres vareprøver på totalt 21 produkter i varegruppene 1, 3 og 6. I prisskjemaene var det for disse varegruppene presisert at det skulle leveres «*ferske varer med mindre det er spesifisert at det er fryst i varenavnet*». Innklagede hadde også forbeholdt seg retten til å be om vareprøver på ytterligere produkter enn det som var opplyst i konkurransegrunnlaget. Ved informasjonsmelding datert 8. september 2020 ble det bedt om vareprøver på ytterligere

20 produkter i de samme varegruppene. Det ble også opplyst om at ett av produktene var utgått. Totalt skulle det derfor leveres vareprøver på 40 produkter.

- (70) Klager har for det første vist til at poengsummen som er oppgitt i det endelige evalueringsskjemaet, ikke stemmer overens med den summen man får når poengene fra de enkelte poengskjemaene summeres. Til dette har innklagede forklart at dette er fordi skjemaene som ble fylt ut under vareprøveevalueringen, kun var en del av den helhetsvurderingen av produktkvaliteten som ble gjort, og at det også ble gjennomført en evaluering av informasjon på nettsiden. Klagenemnda kan ikke se at innklagede på dette punkt har gått ut over de rammene som konkurransegrunnlaget oppstilte for evalueringen av tildelingskriteriet «*Produktkvalitet*».
- (71) Videre har klager vist til at ikke alle momenter er vurdert for alle produkter det er levert vareprøver på. Innklagede har forklart at det er flere årsaker til dette. For det første er det vist til at konkurransegrunnlaget ikke binder oppdragsgiver hva gjelder hvilke momenter som skal vurderes.
- (72) Dette er ikke klagenemnda enig i. Det er riktig at innklagede har et vidt skjønn når tilbudene skal evalueres. Dette skjønnnet begrenses imidlertid av de opplysningene som er tatt inn i konkurransegrunnlaget. Leverandørene har en berettiget forventning om at innklagede forholder seg til de opplysningene som fremgår av konkurransegrunnlaget, herunder at innklagede evaluerer tilbudene i henhold til de vurderingsmomentene som er oppstilt.
- (73) Innklagede har imidlertid også forklart at klager – for flere av de etterspurte produktene – leverte enten en annen vare enn det som var oppgitt i prisskjemaet, blant annet for varelinje 431 Rekesalat og 434 Italiensk salat, eller leverte et frossent produkt for varelinjer hvor det var bedt om ferske produkter. Dette gjorde at innklagede under vareevalueringen ikke kunne evaluere enkelte av produktene, eller ikke kunne evaluere samtlige momenter for disse produktene.
- (74) Risikoen for denne typen uklarheter og ufullstendigheter i tilbudet, ligger som nevnt hos klager, jf. § 23-3 (2). Når årsaken til at det ikke var mulig å evaluere samtlige momenter for enkelte av produktene skyldes forhold på tilbyderens side, kan ikke dette utgjøre et brudd på regelverket.
- (75) For det tredje har innklagede forklart at det – for momentet «*Merkevareordning*» – var ulike forståelser hos testpersonene om hva som skulle evalueres under dette momentet. Dette resulterte i svært avvikende poengsetting. Slik klagenemnda forstår innklagede, ble det derfor sett bort fra evalueringen av dette momentet fra vareprøveevalueringen, og gjort en egen vurdering av dette momentet på evalueringsmøtet i etterkant av vareprøveevalueringen. Klagenemnda har ikke rettslige innvendinger mot denne måten å rette en slik feil som oppdages underveis i evalueringen.
- (76) Innklagede har videre vist til at det avgjørende for evalueringen ikke er om samtlige momenter er vurdert i vareprøveevalueringen, så lenge de samme momentene er vurdert for samtlige leverandører.
- (77) Klagenemnda er enig i at dette vil kunne ivareta hensynet til likebehandling. I poengskjemaene fra vareprøveevalueringen finnes det imidlertid flere produkter hvor bare én av leverandørene er gitt poeng for ett eller flere momenter, det vil si hvor en score

på det/de samme momentene mangler for én eller flere av de andre leverandørene. Innklagedes forklaring gir ikke et tilfredsstillende svar på hva som er årsaken til dette. Dette er ikke uproblematisk i lys av kravet til etterprøvbarhet i loven § 4. Så langt nemnda kan se, gjelder dette imidlertid en mindre andel av det totale antallet skjemaer som er utfylt. Nemnda kan derfor uansett ikke se at dette forholdet har hatt avgjørende betydning for evalueringen som for øvrig generelt fremstår som forsvarlig gjennomført.

- (78) Klager har også anført flere mindre forhold ved evalueringen av vareprøvene. For eksempel at evalueringen for to kaffeprodukter er slått sammen, at det ikke er gitt nærmere begrunnelse for forskjellene i poengsettingen, at Asko ikke har levert korrekt produkt for enkelte varelinjer og at poenggivningen for enkelte produkter varierer stort fra testperson til testperson. Etter klagenemndas vurdering vil disse forholdene, om de utgjør brudd, totalt sett ikke ha hatt innvirkning på resultatet. Klagenemnda går av den grunn ikke nærmere inn på disse anførselene.
- (79) Klagers anførsler om feil i vareprøveevalueringen har ikke ført frem.

Evaluering av tildelingskriteriet «Service»

- (80) Klager anfører at innklagede – også når det gjelder tildelingskriteriet «Service» – har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene. Klager har for det første også her anført at konkurransegrunnlaget må tolkes dithen at svarboksene utgjør underkriterier, og at innklagede har gitt trekk for de forskjellige punktene i strid med konkurransegrunnlaget. Som nevnt i avsnitt 41, er klagenemnda ikke enig i klagers forståelse av konkurransegrunnlaget. Anførselen fører ikke frem.
- (81) Klager har videre anført at det for varegruppe 4 er evaluert fast pris mot varierende pris, i strid med konkurransegrunnlaget.
- (82) Etter informasjonen i svarboksen merket med bokstav d i konkurransegrunnlaget skulle leverandørene «*beskrive hvilke av produktene [som] tilbys både som ferskt og frossent og hvilke[n] prismessig betydning det vil ha for rammeavtalens priser*».
- (83) I resultatrapporten for varegruppe 4 ble det opplyst at klager var trukket i poeng. Begrunnelsen var som følger:
- «Oppgir at varegruppen består av produkter der priser varierer daglig/ukentlig. Dette kan enkelt implementeres ved et fast påslag på varene i denne gruppen (åpen bok) eller vi kan tilby faste månedspriser der prisene justeres 1 i hver måned. Beste besvarelse har tilbudt faste priser for sine produkter frem til neste jordbruksoppgjør og gir mer forutberegnelige priser for rammeavtalen samt sesongprodukter blir tilbudt som sortiment uten at det får prismessig betydning.»*
- (84) Innklagede har forklart at det som er evaluert på dette punktet, er hva som er tilbudt, og om dette er frossent eller ferskt. Videre er det opplyst at Bama for denne varegruppen har tilbudt kun ferske varer, og har gitt bedre alternativer til prisregulering. Dette er bakgrunnen for forskjellen i poeng mellom tilbudene til klager og Bama.
- (85) Klagenemnda kan ikke med dette se at innklagede har gått utenfor de rammene som konkurransegrunnlaget oppstilte. Klagers anførsel om at tildelingskriteriet er evaluert i strid med konkurransegrunnlaget, fører ikke frem.

Begrunnelse for evaluering av tildelingskriteriet «Produktkvalitet»

- (86) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å ikke gi tilstrekkelig begrunnelse for tildelingskriteriet «*Produktkvalitet*». Nærmere bestemt mener klager at det utgjør et brudd på begrunnelsesplikten at det ikke er opplyst hva som har vært utslagsgivende for poengsettingen i vareevalueringen. Dette gjelder for varegruppe 1, 3 og 6. For varegruppe 1 anføres det også at den delen av begrunnelsen som angir at det beste tilbudet er «*mer i samsvar med det som er etterspurt*», er i strid med regelverket.
- (87) Det følger av forskriften § 25-1 at oppdragsgiver skal gi en skriftlig og samtidig begrunnelse for valget av leverandør til berørte leverandører. Begrunnelsen skal inneholde «*en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene*», jf. første og andre ledd.
- (88) Begrunnelsen må inneholde en konkret vurdering som setter leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Dette innebærer at begrunnelsen skal være så presis og utfyllende at leverandørene, på objektivt grunnlag, kan bedømme om anskaffelsesprosessen har skjedd i samsvar med regelverket. I vurderingen av om begrunnelsen er tilstrekkelig, er det begrunnelsen som gis på tidspunktet for meddelelse av valgte leverandør som er avgjørende.
- (89) Som et utgangspunkt stilles det strengere krav til begrunnelsen jo mer skjønnsmessig et tildelingskriterium er utformet, jf. eksempelvis sak 2018/201, avsnitt 20. I situasjoner hvor den valgte leverandøren ikke har tilbudt den laveste prisen, kreves det videre at begrunnelsen viser hvilke egenskaper ved det valgte tilbudet som mer enn oppveier den høyere prisen, jf. sak jf. sak 2017/151, avsnitt 37 med videre henvisninger.
- (90) Klagenemnda bemerker samtidig at evalueringen av de ulike kriteriene er en sammensatt vurdering, hvor enkelte egenskaper vil trekke kvaliteten opp og andre vil trekke den ned. Det kan ikke stilles krav om at absolutt alle vurderinger oppdragsgiver har gjort skal inngå i begrunnelsen for valg av leverandør, se til sammenligning klagenemndas sak 2020/144, avsnitt 91. Det er helheten i begrunnelsen, og ikke enkelhetene, som må oppfylle kravene til begrunnelsen. Svakheter på enkeltpunkter, kan under visse omstendigheter imidlertid være tilstrekkelig til å konstatere at kravene til begrunnelse ikke er overholdt i den aktuelle konkurransen.
- (91) Klager hadde lavest pris i varegruppe 1 og 3, og fikk dermed full uttelling på dette kriteriet i disse varegruppene. For varegruppe 6, hvor det var tre leverandører, hadde klager nest lavest pris. Det skilte imidlertid kun ca. 300 000 kroner mellom høyeste og laveste tilbud i denne varegruppen. Klager oppnådde derfor 99 poeng for priskriteriet for denne varegruppen. På tildelingskriteriet «*Produktkvalitet*» var klager gitt store poengtrekk for samtlige varegrupper. Når det gjelder de to øvrige tildelingskriteriene, fikk klager henholdsvis full score på kriteriet «*Miljø*» og 77 poeng på kriteriet «*Service*» i de nevnte varegrupper. Sistnevnte var imidlertid kun vektet 10 prosent, og var derfor av mindre betydning for resultatet i konkurransen.
- (92) Det avgjørende for klagers rangering var altså den dårlige scoren på kriteriet «*Produktkvalitet*».

- (93) For varegruppe 1 var det i resultatrapporten opplyst at klager var gitt trekk fordi klagers tilbud inneholdt dårlig beskrivelse av produktene og det manglet bilder. Beste tilbud på dette punkt var *«mer i samsvar med det som er etterspurt»*, og inneholdt bilder. Det var også færre spor av allergener i produktene. Videre ble det påpekt at klagers tilbudte varer var dårlig på smak, hadde lavt næringsinnhold og manglet opprinnelsesland. Når det gjaldt enkelte av de produktene hvor det skulle leveres vareprøver, var det levert feil produkt. Beste besvarelse hadde produkter med god smak, konsistens og godt næringsinnhold.
- (94) For varegruppe 3 var det i resultatrapporten opplyst at klager var gitt trekk fordi det manglet bilder, informasjon om allergener, opprinnelsesland og næringsinnhold, noe beste tilbud inneholdt. De frosne produktene som var levert som vareprøver, hadde videre hvitt belegg, mens det beste tilbudet så delikat ut selv om produktet hadde vært frossent.
- (95) For varegruppe 6 var det i resultatrapporten opplyst at klager var gitt trekk fordi klagers tilbud ved sammenligning med beste tilbud inneholdt dårligere utvalg, produkter med lavere andel kjøtt, produkter med lav kvalitet med hensyn til smak og lukt, næringsinnhold og utseende. Det var også gitt trekk for at det ikke var lagt ved produktdatablad for samtlige produkter.
- (96) Som allerede nevnt, gjennomførte innklagede en evaluering av samtlige vareprøvelinjer for å vurdere kriteriet *«Produktkvalitet»*. Dette ble gjort både ved at innklagede vurderte varelinjene basert på informasjon som var presentert på nettsiden, og ved at det for utvalgte varelinjer ble levert vareprøver som var gjenstand for en blindtest. Videre var også poengene som ble gitt i vareprøveevalueringen kun en del av evalueringen av kvaliteten, og skulle avdekke tendenser og ikke nøyaktige poengsummer.
- (97) Om generelle formuleringer som at det beste tilbudet er *«mer i samsvar med det som er etterspurt»*, har klagenemnda tidligere uttalt at disse i utgangspunktet ikke tilfredsstiller de kravene til begrunnelsen som følger av regelverket, fordi de ikke viser hvilke konkrete egenskaper ved tilbudet fra den valgte leverandøren som gjør at tilbudet har fått en høyere score, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2018/201, avsnitt 25. Av den nærmere begrunnelsen, slik den er gjengitt ovenfor, går det imidlertid frem hvilke konkrete styrker og svakheter Askos og klager hadde under tildelingskriteriet *«Produktkvalitet»*. Lest i sammenheng er klagenemnda av den oppfatning at begrunnelsen gjorde klager i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det var som gjorde at innklagede bedømte Askos tilbud som best på dette tildelingskriteriet.
- (98) Klagers anførsel om brudd på begrunnelsesplikten, har ikke ført frem.

Konklusjon:

Øvre Eiker kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk