



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av to rammeavtaler om kjøp av vaskeritjenester. Klager leverte tilbud på begge delkontraktene, og tilbød samtidig en rabatt på 10 prosent på inngitte priser betinget av at klager ble tildelt begge kontraktene. Innklagede valgte å se bort fra rabatten ved evalueringen av tilbudene, og tildelte begge delkontraktene til en annen leverandør. Klagenemndas flertall fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 4 ved ikke å vektlegge klagers rabatt i evalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 21. september 2021 i sak 2021/963

Klager: Nor Tekstil AS

Innklaget: Ålesund kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Ålesund kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 25. februar 2021, på vegne av ni andre kommuner, samt Muritunet AS, en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av to rammeavtaler om vaskeritjenester med en varighet på to år. Innklagede forbeholdt seg en rett til å forlenge avtalene med ett år av gangen – med en maksimal varighet på fire år. Anskaffelsens verdi ble estimert til 32 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 29. mars 2021.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringen at konkurransen var inndelt i to delkontrakter: De geografiske områdene A og B. Område A omfattet kommunene Giske, Vestnes, Fjord, Sykkylven, Stranda og Muritunet AS. Område B omfattet kommunene Volda, Herøy, Hareid og Sande. Leverandørene stod fritt til å inngi tilbud på en eller begge delkontraktene. Det var også opplyst at én leverandør kunne tildeles begge delkontraktene.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 7.1.3 («*Tilbud pr. geografisk område*») fremgikk følgende:

«Fastsatte krav, spesifikasjoner og tildelingskriterier er felles for begge områder. De geografiske områdene vil evalueres og tildeles separat, og det vil inngås separate kontrakter».
- (4) Tildelingskriteriene var «*Pris*», «*System for lagerstyring*» (vektet 55 %), «*Bærekraft*» (vektet 30 %) og «*Sortiment*» (vektet 15 %). Slik det var angitt i punkt 7.6 («*Tildelingskriterier og metode for evaluering*») skulle tilbudene evalueres etter

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

modellen *pris/kvalitetspoeng*, der leverandørens totalpris ble dividert på oppnådde kvalitetspoeng for å identifisere en evalueringssum. Tilbudet med den laveste evalueringssummen ville tildeles kontrakt. Det var presisert at «[...] *krav og tildelingskriterier for områdene A og B er de samme, men evaluering vil gjøres separat*».

- (5) Vedlagt konkurransegrunnlaget var et prisskjema hvor leverandørene skulle prise et angitt sortiment av henholdsvis «*Arbeidstøy*» og «*Flattøy og pasientttøy*». Summen på disse postene ble summert i posten «*Totalpris til evaluering*».
- (6) Innklagede mottok tilbud fra to kvalifiserte leverandører, Breeze Nordvest AS og Nor Tekstil AS (heretter *klager*).
- (7) Klager leverte et følgeskriv med tilbudet, hvor det fremgikk at «*[Klager] gir tilbud på hele anskaffelsen, altså både område A og område B. De inngitte priser i prisskjemaene gjelder for hvert deltilbud alene. Vi ønsker imidlertid også å gi et samlet tilbud.*

En samlet leveranse gir stordriftsfordeler og betydelig lavere kostnader, spesielt til transport, i tillegg til en stor miljøgevinst. [Klager] kan derfor gi et samlet tilbud med lavere priser enn vi kan for det enkelte deltilbud.

[Klager] tilbyr 10 % rabatt på inngitte priser, under forutsetning av at [klager] tildeles begge delkontrakter. Tilbudssum for vårt samlede tilbud etter at rabatt er fratrukket blir kroner 7 919 604».

- (8) I brev av 26. april 2021 meddelte innklagede at begge rammeavtalene var tildelt Breeze Nordvest AS (heretter *valgte leverandør*).
- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 30. april 2021, blant annet på bakgrunn av at rabatten som klager tilbød ikke var hensyntatt av innklagede ved evalueringen av tilbudene. Innklagede avviste klagen i brev av 4. mai 2021.
- (10) Den 5. mai 2021 begjærte klager midlertidig forføyning for å avbryte kontraktsinngåelsen. I kjennelse av 3. juni 2021 konkluderte Møre og Romsdal tingrett med at klager ikke hadde sannsynliggjort hovedkravet, og begjæringen ble derfor ikke tatt til følge. Kjennelsen ble ikke påanket.
- (11) Den samme dagen ble klagen brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser.
- (12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 5. juni 2021.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. august 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å vektlegge klagers samlerabatt ved evalueringen av tilbudene. Utgangspunktet er at oppdragsgiver er forpliktet til å vektlegge samlerabatter relatert til tildelingen av flere delkontrakter utlyst i samme kunngjøring, med mindre det motsatte er spesifisert i konkurransegrunnlaget. I denne konkurransen var det svært nærliggende at en leverandør ville ha økonomiske besparelser ved drift av begge delkontraktene. Konkurransegrunnlaget stenger ikke for at slike rabatter skal inngå

i evalueringen. Regelen i forskriften § 19-5 om tildeling av samlet kontrakt i tilfeller hvor anskaffelsen er delt i delkontrakter, kommer ikke til anvendelse. Den stenger ikke for at innklagede kunne la samlerabatten inngå i evalueringen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har foretatt tildelingsevalueringen i tråd med regelverket. Slik konkurransegrunnlaget var utformet, åpnet det ikke for å vurdere et samlet tilbud med samlerabatt. Vektlegging av samlerabatten vil derfor stride mot det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i lovens § 4.
- (16) Vektlegging av samlerabatten vil også stride mot forskriften § 19-5, da det i realiteten er snakk om tildeling av en samlet kontrakt – uten at innklagede har forbeholdt seg en slik rett i konkurransegrunnlaget.
- (17) Ettersom klagen klart ikke kan føre frem, bør den avvises for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av to rammeavtaler om vaskeritjenester, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er samlet sett estimert til 32 millioner kroner ekskl. mva. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (19) Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å påpeke at saken tidligere har vært gjenstand for behandling i tingretten, i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning. Klager har bedt klagenemnda om å ta standpunkt til det samme spørsmålet som tingretten tok stilling til i forføyningssaken.
- (20) At det foreligger en kjennelse fra tingretten, er i utgangspunktet ikke til hinder for at klagenemnda behandler saken. Det kan imidlertid innebære at saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndsforordningen § 9, jf. nemndas avgjørelse i sak 2019/491, avsnitt 39 med videre henvisninger. Klagenemnda er ment å være et lavterskel tvisteløsningsorgan for leverandører og andre som – av ulike grunner – ikke ser seg tjent med å ta saken til domstolen. Nemnda er ikke ment å være et organ for overprøving av rettens vurdering i en forutgående forføyningssak.
- (21) Når klagenemnda velger å behandle klagers anførsel i denne saken, er det med bakgrunn i en konkret vurdering av spørsmålets karakter og sakens opplysning – behandlingen i tingretten krevde ikke muntlig bevisføring. Nemnda finner derfor at saken er egnet for skriftlig saksbehandling. Videre inngikk innklagede kontrakt med valgte leverandør to dager etter at tingretten avsa sin kjennelse, hvilket i praksis gjorde det umulig for klager å anke. Med dette som bakgrunn går nemnda over til å vurdere klagers anførsel om brudd på regelverket.
- (22) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagede har brutt loven § 4 og kravet til forutberegnelighet ved å se bort fra klagers rabatt i tilbudsevalueringen. Dette beror på en tolkning av konkurransegrunnlaget.

- (23) Klagenemnda har i en rekke saker uttalt at ved tolkningen av konkurransegrunnlaget skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå det. Det avgjørende er hvordan konkurransegrunnlaget mest naturlig må forstås.
- (24) Ved denne tolkningen har klagenemnda delt seg i et flertall og et mindretall.
- (25) *Klagenemndas flertall*, medlemmene Berg og Fløistad, har kommet til at konkurransegrunnlaget ikke stenger for at rabatttilbudet kan inkluderes i evalueringen, og vil særlig bemerke:
- (26) Klager leverte tilbud på begge delkontraktene. Vedlagt tilbudene var et følgebrev, hvor det fremgikk at klager «tilbyr 10 % rabatt på inngitte priser, under forutsetning av at [klager] tildeles begge delkontrakter. Tilbudssum for vårt samlede tilbud etter at rabatt er fratrukket blir kroner 7 919 604».
- (27) Det er på det rene at klager leverte de økonomisk mest fordelaktige tilbudene dersom rabatten inkluderes i evalueringen. Klager ville ha fått lavest evalueringssum og blitt tildelt kontrakt for både område A og B. Det er altså klart at rabattbetingelsen innfris.
- (28) Spørsmålet om oppdragsgiver er forpliktet til å vektlegge en slik rabatt som klager her har tilbudt, er ikke direkte regulert i anskaffelsesregelverket. I Rt. 2008 s. 1705 (*Trafikk og Anlegg*) fant Høyesterett at oppdragsgiver ikke hadde adgang til å ta hensyn til et rabatttilbud betinget av at leverandøren også vant en annen anbudskonkurranse utlyst av den samme oppdragsgiveren. Slik det følger av avsnitt 47, må det – sett hen til prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4 – fremgå av konkurransegrunnlaget dersom det skal være adgang til å vektlegge et slikt rabatttilbud ved evaluering av tilbudene.
- (29) I et tilfelle som vår sak – hvor oppdragsgiver har delt anskaffelsen i to delkontrakter – uttalte Høyesterett at «[d]et synes å være alminnelig enighet om at dersom kontraktene var blitt utlyst samlet, kunne det vært tatt hensyn til rabatt-tilbud betinget av at anbyder vant begge kontraktene, selv om dette ikke var omtalt i konkurransegrunnlaget».
- (30) Konkurransegrunnlaget inneholdt ingen opplysninger om hvordan innklagede planla å forholde seg til eventuelle rabatttilbud.
- (31) Innklagede har vist til at en evaluering der klagers rabatt inngår ville blandet sammen evalueringen av de to delkontraktene, og at resultatet ville blitt at klager i realiteten ble tildelt én kontrakt. Ifølge innklagede ville dette vært i strid med konkurransegrunnlagets føringer om at den enkelte delkontrakt skulle «*evalueres og tildeles separat*».
- (32) Det er mest nærliggende å forstå konkurransegrunnlagets føringer om at det skal gjennomføres en «*separat*» evaluering og tildeling dithen at innklagede har forpliktet seg til å gjennomføre selvstendige tildelingsevalueringer for den enkelte delkontrakt, og at det skal tildeles to kontrakter. Dette innebærer at innklagede skal utpeke det beste tilbudet på den enkelte delkontrakt, og at innklagede er avskåret fra å foreta en tildelingsevaluering der vinneren er leverandøren som samlet sett har levert det beste tilbudet på anskaffelsen.
- (33) Flertallet er av den oppfatning at det ikke er naturlig å forstå kravet om en «*separat*» evaluering og tildeling så strengt at innklagede *etter* en evaluering av delkontrakt A eller B ikke kan se hen til *utfallet* av den andre evalueringen for å vurdere om betingelsen for

klagers rabattilbud er oppfylt. En slik begrensning vil gjøre at offentlige oppdragsgivere mister muligheten til å anta de økonomisk mest fordelaktige tilbudene, og vil stå i kontrast til lovens formål om å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. § 1.

- (34) Flertallet kan heller ikke se at utformingen av prisskjemaet tilsier en mer restriktiv tolkning. Feltet «*totalpris til evaluering*» er mest naturlig å forstå som en oppsummering av øvrige felter i skjemaet som skulle inngå i prisevalueringen, og ikke som en begrensning av leverandørens anledning til å inngi rabattilbud.
- (35) Når det gjelder forholdet mellom konkurransegrunnlaget og klagers rabattilbud, er flertallets syn at rabattilbudet kan evalueres og tildeles i tråd med konkurransegrunnlagets føringer. Brevet hvor rabatten fremgår er et følgebrev til klagers inngitte tilbud, og det er i denne konteksten brevetts innhold må forstås – følgebrevet er ikke et selvstendig tilbud. Klagers rabattilbud innebærer 10 prosent avslag på allerede inngitte priser på henholdsvis delkontrakt A og delkontrakt B, betinget av at klager tildeles «*begge delkontrakter*».
- (36) Innklagede kunne derfor ha vurdert klagers tilbud – med og uten rabatt – opp mot valgte leverandørs tilbud på den enkelte delkontrakt, for å vurdere hvilke utslag rabatten ville gi i evalueringen. Som påpekt i avsnitt 27, er det klart at rabattbetingelsen innfris. En vektlegging av rabatten fører til at klager tildeles to separate kontrakter med ulik oppstartdato og ikke én samlet kontrakt. Resultatet blir at én leverandør tildeles begge delkontraktene, hvilket er innenfor rammene fastlagt i konkurransegrunnlaget.
- (37) På denne bakgrunn mener flertallet at en separat evaluering av tilbudene på den enkelte delkontrakt ikke er til hinder for at rabatten inngår i evalueringen. Innklagede kan evaluere tilbudene og tildele kontrakter i tråd med konkurransegrunnlagets føringer, og samtidig dra nytte av klagers rabattilbud.
- (38) Flertallet kan heller ikke se at forskriften § 19-4 (5), som regulerer oppdragsgivers adgang til å tildele en samlet kontrakt i tilfeller hvor anskaffelsen er delt i delkontrakter, stenger for å vektlegge rabatten i denne tildelingsevalueringen. Som det allerede er påpekt i avsnitt 35-36, mener flertallet den faktiske situasjonen er at klager tildeles to delkontrakter, som følge av at klager har inngitt de mest fordelaktige tilbudene for hver enkelt delkontrakt.
- (39) Flertallet kan etter dette ikke se at klager er forhindret fra å inngi et rabattilbud betinget av tildeling av begge delkontraktene. Når innklagede ønsket å tildele kontrakter til de økonomisk mest fordelaktige tilbudene, er en konsekvens av dette at rabattilbud som endrer rangeringen mellom tilbudene, må vektlegges. All den tid konkurransegrunnlaget ikke stenger for fremsettelse av rabatten, må resultatet bli at innklagede er forpliktet til å inkludere denne ved evalueringen av tilbudene.
- (40) At innklagede valgte å se bort fra rabattilbudet ved evalueringen av tilbudene, utgjør derfor et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 4.
- (41) *Klagenemndas mindretall*, nemndsmedlem Nyhus, er kommet til et annet resultat enn flertallet, og vil særlig bemerke:
- (42) Mindretallet finner grunn til å presisere at det ved tolkning av et konkurransegrunnlag, skal tas utgangspunkt i hvordan de ord og uttrykk som er brukt, mest naturlig må forstås ut fra en objektiv tolkning, jf. bl.a. LB-2017-156250.

- (43) I tolkningen her er det vilkåret om «*separat*» evaluering, tildeling og kontraktsinngåelse som det må tas utgangspunkt i. Begrepet «*separat*» er å likestille med «*atskilt*», «*avsondret fra omgivelsene*» og «*for seg selv*», og står i motsetning til begrepet «*samlet*» som likestilles med bl.a. «*forent*», «*felles*» og «*likestilt*».
- (44) En naturlig objektiv tolkning av begrepet «*separat*», i den sammenheng det står, tilsier derfor at det skulle foretas selvstendige vurderinger ved evaluering av tilbudene til den enkelte kontrakt uten å trekke inn den andre kontrakten. Det innebærer at det ikke var anledning å ta hensyn til elementer fra det ene tilbudet ved evaluering og tildeling av det andre tilbudet. Det er i den sammenheng sentralt at det ikke bare var evalueringen, men også tildelingen og inngåelsen av den enkelte kontrakt som skulle skje separat. En annen dekkende måte å beskrive dette på, er at hele tildelingsprosessen for den enkelte kontrakt skulle «stå på egne ben».
- (45) Spørsmålet blir etter dette om klagers tilbud om rabatt «*under forutsetning av tildeling av begge delkontrakter*», slik klagers tilbud konkret var formulert, bryter med denne forutsetningen.
- (46) Etter mindretallets syn vil en tildelingsprosess av én delkontrakt ikke skje «*separat*», hvis oppdragsgiver samtidig må ta hensyn til evalueringen/ tildelingen av en annen delkontrakt. Så når klager, som her, har inngitt et alternativt tilbud med rabatt, *avhengig* av at han får tildelt begge delkontraktene, vil ikke tildelingsprosessen av den enkelte kontrakt skje «*separat*» hvis innklagede etter evalueringen av den ene kontrakten, må se hen til utfallet av evalueringen av den andre kontrakten.
- (47) Mindretallet kan for øvrig ikke se at det er noen annen naturlig måte å tolke ordlyden på. Og mindretallet kan heller ikke se hvilken eventuell annen virkning forutsetningen om separat evaluering var ment å ha i konkurransen. Det er i den sammenheng relevant at vilkårene i de to delkontraktene var tilnærmet helt identiske, det eneste som skilte, var oppstartdato for de to delområdene, men det har ingen relevans i forhold til kravet om atskilte prosesser. Det er for øvrig vanskelig å se at en tilbyder ved innlevering av tilbud på begge delkontraktene, kunne operere med ulike tilbud relatert til noen andre tildelingskriterier enn pris.
- (48) Mindretallet viser her også til at vilkåret om «*separat*» prosess, ikke var nødvendig å ha med for å avskjære innklagede fra «*å foreta en tildelingsevaluering der vinneren er leverandøren som samlet sett har levert det beste tilbudet*», jf. avsnitt 32 ovenfor. Med et identisk konkurransegrunnlag, med eneste forskjell at vilkåret om «*separat*» prosess ikke var tatt med, ville innklagede likevel vært avskåret fra å foreta en samlet tildeling til en leverandør som bare samlet sett hadde det beste tilbudet, Det følger av forskriften § 19-4 femte ledd siden det verken i kunngjøringen eller på annen måte var tatt med noen opplysning om at oppdragsgiver ville forbeholde seg en slik rett.
- (49) Klagers egen inngivelse av rabatttilbudet underbygger at det i så fall ikke ville skje noen separat prosess ved tildelingen, jf. det forhold at det flere steder i klagers følgeskriv der rabatten tilbys, fremgår at tilbudet ble fremsatt som hhv. «*et samlet tilbud*» og «*vårt samlede tilbud*» og med den uttrykkelige forutsetningen om tildeling av begge kontrakter.
- (50) Mindretallet kan ellers ikke se at formålet, systembetraktninger eller reelle hensyn tilsier en annen løsning enn det en objektiv ordfortolkning naturlig fører til.

- (51) Det vises her særlig til at innklagede har opplyst at det var et særskilt valg å dele kontrakten opp i to delkontrakter siden det etter deres kunnskap var få aktuelle leverandører i markedet, og at en annen løsning kunne virke prisdrivende. Det lå med andre ord et bevisst valg bak innklagedes krav om både separat evaluering, tildeling og kontraktinngåelse, og et valg som ligger innenfor lovens formål, slik det er angitt i loven § 1.
- (52) Det forhold at en bevisst utforming av konkurransegrunnlaget førte til at man ikke kunne utnytte rabatt-tilbudet, gir derfor ikke grunnlag for å sette vilkåret om «separat» prosess til side ut fra formålsbetraktninger så lenge innklagedes valg også lå innenfor lovens formål og den valgfrihet man har til å fastsette konkurransegrunnlaget.
- (53) Den måten prisskjemaet var utformet på er for øvrig i tillegg et lite argument for at innklagede ikke hadde lagt opp til at det skulle inngis tilbud med rabatt. Det vises her til at prisskjemaet tydet på at det var den konkrete totalprisen som fremgikk av skjemaet, som skulle legges til grunn ved evalueringen.
- (54) Endelig viser mindretallet til at dersom klagers «*samlede tilbud*», jf. klagers egen formulering, var blitt tatt til følge, så ville innklagede og klager i realiteten, om ikke formelt, ha inngått én samlet kontrakt idet de to kontrakter hadde vært gjensidig avhengig av hverandre og de, med det marginale unntaket for oppstartdato, hadde vært helt identiske.
- (55) Inngåelse av en slik samlet kontrakt er regulert i forskriften § 19-4, og det fremgår av femte ledd at dersom en oppdragsgiver vil forbeholde seg retten til det der anskaffelsen er delt i delkontrakter, så skal oppdragsgiver opplyse om denne retten. Det er ikke gjort i denne anskaffelsen.
- (56) Mindretallet er etter dette kommet til at innklagede ikke hadde anledning til å ta hensyn til den tilbudte rabatten, og innklagede har derfor ikke handlet i strid med det kravet til forutberegnelighet.
- (57) Klagenemnda har etter dette, i samsvar med flertallets syn, kommet til innklagede har brutt lovens krav om forutberegnelighet i § 4. Bruddet på regelverket har påvirket resultatet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Ålesund kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å vektlegge klagers rabatt i tilbudsevalueringen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk