



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle prinsippene i loven § 4.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for leie av areal på innklagedes lufthavner for utøvelse av forretningsvirksomhet innenfor retail, kiosk og servering. Konkurranses grunnlaget åpnet for at tilbyderne kunne ta forbehold om tildeling av kontrakter i ulike kategorier. Klager innga tilbud med forbehold om tildeling av kontrakt i to ulike kategorier. Klager ble imidlertid kun tildelt kontrakt i én kategori, med den konsekvens at innklagede anså klagers tilbud som bortfalt. Klager anførte at innklagede hadde tolket forbeholdet feil, og at klager dermed skulle vært tildelt flere delkontrakter. Klagenemnda kom til at klagers anførsel ikke førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 24. januar 2023 i sak 2022/1539

Klager: HMSHost Norway AS

Innklaget: Avinor AS

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Karin Fløistad og Sverre Nyhus.

Bakgrunn:

- (1) Avinor AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. januar 2022 en konkurranse med forhandling for leie av areal på innklagedes lufthavner for utøvelse av forretningsvirksomhet innenfor retail, kiosk og servering. Anskaffelsens totalverdi ble i kunngjøringen estimert til ca. 8,3 milliarder kroner over en kontraktsperiode på fem år. Tilbudsfrist var 8. mars 2022.
- (2) Konkurransen ble gjennomført etter konsesjonskontraktforskriften del I og II.
- (3) I følge tilbudsforespørselen omfattet konkurransen 38 delkontrakter som inngikk i de åtte kategoriene; kiosk, servering, bok, mote, elektronikk, apotek, suvenir og livsstil.
- (4) Av tilbudsforespørselen punkt 1.3.2.1 «*Separate tilbud og bonustilbud*» fulgte det at tilbyderne kunne gi tilbud på en eller flere delkontrakter i løpet av konkurransen, men ikke på delkontrakter som ikke var omfattet av det opprinnelige tilbudet. Tilbyderne skulle gi separate tilbud for hver delkontrakt. Konkurranses grunnlaget åpnet for at tilbyderne kunne tilby bonus på delkontrakter under forutsetning av at tilbyder ble tildelt flere delkontrakter. Det var angitt rammer for hvordan dette kunne skje.
- (5) Det fulgte videre av tilbudsforespørselen punkt 1.3.2.3 «*Anledning til å ta forbehold for tilbud på tvers av kategorier*» at:

«Tilbydere som inngir separate tilbud innenfor flere kategorier (blant kategoriene 1-8), kan ta følgende forbehold:

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

- *Tilbudene forutsetter at Tilbyder blir tildelt en bestemt kombinasjon av delkontrakter (på tvers av kategoriene), med den følge at de separate tilbudene faller bort dersom dette forhold ikke inntreffer, eller*
- *Tilbudene forutsetter at Tilbyder blir tildelt delkontrakter på tvers av kategoriene som samlet har en verdi [minimumsverdi angitt av Tilbyder], med den følge at de separate tilbudene faller bort dersom dette forhold ikke inntreffer.*

Det er ikke adgang til å ta ovenfor nevnte forbehold som gjelder kombinasjoner av delkontrakter der samtlige delkontrakter ligger innenfor en og samme kategori. (...)»

- (6) Evalueringen av tilbudene skulle skje per delkontrakt. Det var videre inntatt en tabell i tilbudsforespørselen der vektingen av pris og kvalitet var angitt innenfor de ulike delkontraktene.
- (7) Innen tilbudsfristens utløp innleverte HMSHost AS (heretter *klager*) tilbud på tolv delkontrakter innen kategoriene kiosk (kategori 1) og servering (kategori 2). I kategori 1 ga klager tilbud på delkontrakt 1.3 på Bergen Lufthavn og delkontrakt 2.1 på Oslo Lufthavn. I kategori 2 ga klager tilbud på delkontraktene 2.3-2.12 på Bergen Lufthavn.
- (8) Det ble gjennomført forhandlingsmøte mellom klager og innklagede i mai 2022.
- (9) I klagers reviderte tilbud av 20. mai 2022 ble det inntatt følgende forbehold:

«Threshold on sales in total awarding needs to exceed 42 M Nok annual revenues

No single awarding of 2.3 (LS Pizza), 2.7 (VIT), 2.9 (BK) & 2.10 (Two tigers). The before mentioned stores need to be awarded at least two other contracts, which are not the before mentioned»

- (10) Forbeholdet var i strid med forutsetningene i tilbudsforespørselen punkt 1.3.2.3 og klager ble derfor bedt om å trekke forbeholdet før forhandlingene. I motsatt fall ville innklagede avvise klagers tilbud. Klager trakk forbeholdet og ble invitert videre i konkurransen.
- (11) I klagers endelige tilbud av 10. juni 2022 tok klager følgende forbehold:

«HMSHost Norway must have a minimum annual sales of NOK42mill in the first contract year, combined for sub-contract 1.3 convenience and sub-contract for Food & Beverage (2.3; 2.4; 2.5; 2.6; 2.7; 2.8; 2.9; 2.10; 2.11; 2.12)»

- (12) Innklagede stilte 17. juni 2022 dette spørsmålet til forbeholdet:

«It is not entirely clear to Avinor what HMS Host Norway means with this reservation. Avinor finds that the wording may possibly have different interpretations and therefore asks the Tenderer to clarify the understanding, including whether one or more of the following reservations shall apply:

1. Award of subcontract 1.3 Convenience presupposes award of one or more of the subcontracts in Food & Beverage (2.3, 2.4, 2.5, 2.6., 2.7, 2.8, 2.9, 2.10, 2.11, 2.12) where the subcontracts (subcontract 1.3 Convenience and awarded subcontracts in F&B) together have an annual minimum value of NOK 42 million.

2. Award of subcontract 1.3 Convenience presupposes award of one or more of the subcontracts in Food & Beverage (2.3 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8, 2.9, 2.10, 2.11, 2.12) where the subcontracts within Food & Beverage have an annual minimum value of NOK 42 million.

3. Award of one or more of the subcontracts in Food & Beverage (2.3. 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8, 2.9, 2.10, 2.11, 2.12), presupposes award of subcontracts: 1.3 Convenience where the subcontracts in total (subcontract 1.3 Convenience and awarded subcontracts in F&B) have annual minimum value of NOK 42 million.

4. Award of one or more of the subcontracts in Food & Beverage (2.3. 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8, 2.9, 2.10, 2.11, 2.12) to an annual minimum value of NOK 42 million, presupposes award of subcontract 1.3 Convenience.

Please respond as soon as possible and at the latest by 20.06.2022 at the end of the day.»

(13) Klager besvarte spørsmålet slik:

«For avoidance of any doubt and for clarity - as requested by Avinor - on our reservation, any contract awarded to HMSHost in Bergen Airport is presupposed that the sum of the combined annual revenue of the awarded subcontracts must not be less than NOK42mill.»

(14) Ved brev av 12. august 2022 ble tilbyderne orientert om at Select Service Partner AS (heretter *valgte leverandør*) hadde vunnet delkontrakt 1.3.

(15) Ved brev av 26. august 2022 ble tilbyderne orientert om at valgte leverandør også hadde vunnet delkontraktene 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.10, 2.11 og 2.12. Av dette tildelingsbrevet fulgte det at:

«The offer from HMS Host includes the following reservation:

“HMSHost Norway must have a minimum annual sales of NOK42mill in the first contract year, combined for sub-contract 1.3 convenience and sub-contract for Food & Beverage (2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8, 2.9, 2.10, 2.11, 2.12)”.

As HMSHosts conditions for accepting the award of contract are not met (see our letter dated 12.08.2022 regarding award of contract within the category Convenience) HMS Host has not been awarded any of the above-mentioned subcontracts.»

(16) Klager kontaktet innklagede 26. august 2022 og skrev følgende:

«Avinor state that because HMSHost was not awarded 1.3 Convenience, letter received 12th August 2022, we then could not be awarded any combination of subcontract 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8, 2.9, 2.10, 2.11, 2.12, despite having the highest bid in Quality Adjusted Price score for sub-contract 2.3, 2.4 and 2.5. Avinor simply misread the reservation of HMSHost and our clarification.

Our reservation submitted as a part of the Price File document on 13th June 2022 is clear, that as long as any awarded sub-contract(s) has a combined annual turnover of NOK42mill, we would accept the award. Despite that, Avinor asked us to clarify this on

17th June, on the tender portal, which we did. It seems also that our clarification has been ignored.

The revenue combination of sub-contract 2.3 (NOK 9.5mill), 2.4 (NOK 32.5mill) and 2.5 (NOK 11.9mill) exceeds NOK42mill., so the reservation of HMSHost is met and we should have been awarded at least the sub-contracts 2.3, 2.4 and 2.5. Please reconsider your award of 21/06415.»

- (17) Innklagede svarte 30. august 2022 at forbeholdet ikke kunne aksepteres fordi det ble ansett for å være i strid med tilbudsforespørselen punkt 1.3.2.3, og at klagers forutsetninger for tilbudet ikke ble møtt ettersom klager ikke ble tildelt delkontrakt 1.3.
- (18) Klager påklaget tildelingen 1. september 2022 og anførte at tildelingsbeslutningen måtte omgjøres og kontrakten tildeles klager. Innklagede bestred dette ved svar av 7. september 2022.
- (19) Den 14. september 2022 tok klager ut begjæring om midlertidig forføyning for Oslo tingrett. Begjæringen ble innlevert innen utløpet av karenperioden 16. september 2022.
- (20) Ved kjennelse av 4. oktober 2022 tok ikke Oslo tingrett begjæringen til følge.
- (21) Innklagede har opplyst at delkontrakt 2.3, 2.4 og 2.5 ble inngått med valgte leverandør 6. oktober 2022.
- (22) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. november 2022.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. januar 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede har brutt regelverket ved å anse klagers tilbud som bortfalt. Innklagedes tolkning av klagers forbehold er feil og i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4. Klager skulle dermed vært tildelt delkontrakt 2.3, 2.4, og 2.5 på Bergen Lufthavn.
- (25) Klagers forbehold må forstås slik at forbeholdet inngis på tvers av kategoriene, uavhengig av om man faktisk tildeles delkontrakter innenfor ulike kategorier.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Prinsipalt anføres det at klagen bør avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9. Saken har vært gjenstand for behandling i Oslo tingrett i forbindelse med begjæring om midlertidig forføyning, og tingretten kom til et riktig resultat. Forståelsen av konkurransegrunnlaget og klagers forbehold, som også denne klagen gjelder, ble grundig behandlet av tingretten. Betydningen av vitneforklaringer og muntlige forhandlinger i denne saken tilsier også at klagen bør avvises fra behandling.
- (27) Subsidiært anføres det at innklagede har tolket klagers forbehold i tråd med føringene oppstilt i konkurransegrunnlaget, med den følge at klagers tilbud korrekt skal anses bortfalt.

- (28) Atter subsidiært anføres det at det foreligger plikt til å avvise klagers tilbud i medhold av konsesjonskontraktforskriften § 11-8 (1) bokstav b.

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 leie av lokaler til utøvelse av forretningsvirksomhet, som er en konsesjonskontrakt. Anskaffelsens totalverdi er estimert til ca. 8,3 milliarder kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) følger anskaffelsen forskrift om konsesjonskontrakter av 12. august 2016 nr. 976 (konsesjonskontraktforskriften) del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.
- (30) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å anse klagers tilbud som bortfalt. Samme anførsel ble behandlet av tingretten i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning. Innklagede har under henvisning til dette anført at klagen skal avvises fra behandling i klagenemnda, da den forutgående forføyningssaken medfører at saken er uhensiktsmessig for behandling.
- (31) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 (3) at dersom spørsmålet som er gjenstand for klage er avgjort «ved dom» i første instans, kan ikke klagen tas til behandling. Den omstendighet at spørsmålet som er gjenstand for klagen, har vært behandlet i forbindelse med en begjæring om midlertidig forføyning, er ikke til hinder for at klagenemnda kan behandle saken.
- (32) Innklagede underbygger sin anførsel med at rettsmøtet ble avholdt som muntlige forhandlinger, der begge parter ut fra hensynet til sakens opplysning fant behov for vitneførsel. I følge innklagede viser også kjennelsen at retten har vektlagt disse partsforklaringene, og at dette tilsier at saken ikke er egnet for skriftlig behandling.
- (33) Slik nemnda ser det, gjelder klagen spørsmålet om hvordan et forbehold i klagers tilbud skal forstås. Denne vurderingen er etter nemndas syn fullt ut egnet for skriftlig saksbehandling. De partsforklaringene som er sitert i rettens kjennelse, er avgitt av en partsrepresentant hos innklagede, og knytter seg til bakgrunnen for hvorfor innklagede i løpet av konkurransen stilte spørsmål til klagers forbehold, og hvordan innklagede forsto dette. Disse forklaringene er av underordnet betydning i en sak som gjelder tolkning av ordlyden i et forbehold, og uansett er deler av disse forklaringene tilgjengelige gjennom prosesskrivene fremlagt for nemnda. På denne bakgrunn har nemnda kommet til at innklagedes anførsel om at klagen skal avvises som uhensiktsmessig for behandling, ikke fører frem, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (34) Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er hvordan forbeholdet i klagers tilbud skal forstås.
- (35) Klagers forbehold var formulert slik:

«HMSHost Norway must have a minimum annual sales of NOK42mill in the first contract year, combined for sub-contract 1.3 convenience and sub-contract for Food & Beverage (2.3; 2.4; 2.5; 2.6; 2.7; 2.8; 2.9; 2.10; 2.11; 2.12)»

- (36) Det generelle anskaffelsesrettslige utgangspunktet er at forbehold mot prisvilkår kan lede til avvisning av tilbud. Dette fordi slike forbehold kan påvirke evalueringen på en slik måte at tilbudene ikke lar seg sammenligne.
- (37) I denne konkurransen var det imidlertid eksplisitt åpnet for at leverandørene på gitte vilkår kunne ta forbehold som påvirket pris. Adgangen til å ta forbehold var begrenset til tilbydere som innga tilbud på delkontrakter i flere kategorier, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.3.2.3. Av dette punktet fulgte det at tilbyderne kunne ta forbehold under forutsetning av at man ble «tildelt en bestemt kombinasjon av delkontrakter (på tvers av kategoriene)», eller ble «tildelt delkontrakter på tvers av kategoriene som samlet har en verdi [minimumsverdi angitt av Tilbyder]». Det fulgte videre av bestemmelsen at «tilbudene faller bort dersom dette forhold ikke inntreffer.»
- (38) Klager innga tilbud i kategori 1 og 2, og oppfylte dermed forutsetningen om å inngi tilbud på tvers av kategorier. Klager ble imidlertid ikke tildelt delkontrakt i kategori 1, men leverte det beste tilbudet på delkontrakter i kategori 2. Klager ble dermed ikke tildelt delkontrakter på tvers av kategorier. Forutsetningen for at forbeholdet om minimumsomsetning kunne aksepteres forelå dermed ikke, og innklagede anså derfor klagers tilbud som bortfalt, jf. konkurransegrunnlagets punkt 1.3.2.3.
- (39) Klager anfører at når klager ikke ble tildelt delkontrakt 1.3, skulle forbeholdet falt bort, men ikke tilbudet. Klager underbygger dette med at når forventet minimumsomsetning for delkontraktene 2.3, 2.4 og 2.5 uansett overstiger 42 millioner kroner, har ikke forbeholdet noen realitetsvirkning.
- (40) Konkurransegrunnlaget er etter nemndas vurdering entydig. Det angir hvilke forbehold som tillates, på hvilke betingelser, og konsekvensene av at betingelsene for forbeholdet ikke foreligger. Slik nemnda leser konkurransegrunnlaget, er bakgrunnen for at leverandørene er gitt adgang til å ta forbehold, at større leverandører skal ha mulighet til å tilby høyere leiepris dersom man kan utnytte stordriftsfordeler ved å ha utsalg innenfor flere forskjellige kategorier. De separate tilbudene faller bort dersom betingelsen om at man blir tildelt kontrakter på tvers av kategoriene ikke innfris. Dette er utslag av en avveining mellom hensynet til den leverandør som sitter igjen med delkontrakter der pristilbudet er kalkulert ut fra stordriftsfordeler man ikke kan realisere, og hensynet til å gi leverandører som ikke konkurrerer innenfor flere kategorier mulighet til å vinne delkontrakter. Konkurransegrunnlaget åpnet for øvrig ikke for rene forbehold om minimumsomsetning.
- (41) Klager har tatt forbehold om tildeling på tvers av kategorier og således tatt et forbehold i tråd med føringene i konkurransegrunnlaget punkt 1.3.2.3. Klager ble imidlertid ikke tildelt delkontrakter på tvers av kategorier, og klagers tilbud ble ansett som bortfalt. Slik klagenemnda ser det, er dette i overensstemmelse med konkurransegrunnlagets føringer for hvilke forbehold det var anledning til å ta, og konsekvensen av at en betingelse for at forbeholdet kunne aksepteres ikke inntraff.
- (42) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å anse klagers tilbud som bortfalt, har ikke ført frem.

Konklusjon:

Avinor AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk