



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Uklart konkurransegrunnlag. Endring av konkurransegrunnlag.

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale for kjøp av flytende og faste meieriprodukter og kjølte drikkevarer. Klager anførte at det var oppstilt et uklart minstekrav, og at denne feilen medførte en avlysningsplikt. Klager anførte også at det samme kravet var vesentlig endret gjennom innklagedes svar på et spørsmål før tilbudsfristen. Ingen av anførslene førte frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 30. januar 2024 i sak 2023/1070

**Klager:** Tine SA

**Innklaget:** Vestland fylkeskommune

**Klagenemndas medlemmer:** Bjørn Berg, Hanne S. Torkelsen og Elisabeth Wiik

#### Bakgrunn:

(1) Vestland fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 2. juni 2023 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtaler for matvarer. Anskaffelsen var delt inn i tre delkontrakter. Denne saken er begrenset til delkontrakt 2 som gjaldt flytende og faste meieriprodukter og kjølte drikkevarer. Delkontraktens verdi var estimert til 6 millioner kroner per år, med en maksimal verdi på 36 millioner kroner over fire år (2+1+1). Frist for å levere forespørsel om deltakelse var 7. juli 2023. Tilbudsfrist var 3. september 2023.

(2) Formålet med anskaffelsen var redegjort for i kravspesifikasjonen punkt 1 «*Generelt*»:

*«Vestland fylkeskommune har behov for matlevering til vidaregåande skular og eventuelle andre fylkeskommunale einingar som gjennomfører innkjøp av matvarer. Kjøpa vil hovudsak vere knytt til matlaging i samband med undervisning ved restaurant- og matfag, og til kantinar som fylkeskommunen driv sjølv. Andre einingar vil, om noko, i hovudsak kjøpe inn kaffi. For meir informasjon, sjå vedlegg D Oversikt over einingar.*

*Det skal vere høve til å handle inn alle produkt frå leverandøren sitt varesortiment knytt til dei aktuelle varekategoriane.*

*(...)*»

(3) Av samme punkt fremgikk også føringer for bruken av avtalen, og hvem som ville være hovedbestillerne:

*«Hovudbrukarane av denne avtalen, skulane med eigen-drivne kantinar, og skular med mat og helse, sjå vedlegg D for meir informasjon, har stor grad av autonomi når det kjem til å velje kva dei vil kjøpe. Konkurransen prøver derfor å leggje til rette for eit spenn i behov.*

**Postadresse:**  
Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 [post@knse.no](mailto:post@knse.no)

*Vestland fylkeskommune ønsker likevel hovudsakleg å følge Helsedirektoratet sine retningslinjer for mat og måltid i vidaregåande skular. <https://www.helsedirektoratet.no/retningslinjer/mat-og-maltider-i-skolen/del-3-mat-og-maltider-i-videregaende-skole>»*

- (4) I prisskjemaet for delkontrakt 2 skulle leverandørene prise et standardsortiment bestående av 60 produkter innenfor kategoriene juice, flytende meieriprodukter, meierismør, ost og smøreost. Om standardsortimentet var det presisert følgende i utfyllingsinstruksen til prisskjemaet:

*«Oppgitte varelinjer består av eit utval varer, i hovudsak basert på varer mest handla statistisk sett. Leverandør skal kunne tilby eit fullt sortimentet innanfor varegruppa som leverandør leverer tilbod for.»*

- (5) Det fremgikk også samme sted at:

***«Alle produkt som vert tilbydd i prisskjema og derfor er definert som standardsortiment***

- *skal kunne leverast innanfor normal leveringstid. Justeringar av kva produkt som skal leverast innan normal leveringstid kan førekomme.*
- *skal vere mogleg å bestille i anbrenn der det er relevant.»*

- (6) Den 14. juni 2023 stilte Tine SA (hetter klager) spørsmål om muligheten til å ta forbehold mot levering i anbrenn:

*«Spørsmål til Vedlegg C og arkfane 1.*

*Der star det følgende: «skal vere mogleg å bestille i anbrenn der det er relevant».*

*Vil det være avvisningsgrunnlag og ta forbehold om dette? Vi leverer ikke varer i F-pak og leverer kun i D-pak.»*

- (7) Spørsmålet ble besvart av innklagede 22. juni 2023 og publisert i konkurransegjennomføringsverktøyet:

*«Takk for spørsmål.*

*Det er sterkt ønskeleg for oppdragsgjevar å kunne bestille F-pak også, ikkje minst frå eit matsvinnsperspektiv. Derfor er dette satt som eit minstekrav som vi i liten grad kan eller ønsker å fravike.*

*Men dette er ein konkurranse med forhandling. Vi vil derfor ikkje avvise ein leverandør på bakgrunn av forhold mot dette i første omgang. Da kan vi nytte forhandlingane til å utforske løysingar som ivaretar oppdragsgjevar sitt behov i eit matsvinnsperspektiv, og ikkje fråviker minstekravet i vesentleg grad.»*

- (8) Innklagede mottok tilbud fra klager, DLVRY AS og Servicegrossistene AS for delkontrakt 2.

- (9) Klager tok følgende forbehold i sitt tilbud:

*«TINE SA tilbyr ikke anbrenk.»*

(10) Klager ble innkalt til forhandlinger 15. september 2023:

*«Hei,*

*Vi viser til konkurranse VLFK/23/117 Matvarer for Vestland fylkeskommune.*

*I konkurranseforma vi har valt for dette anbodet, har vi høve til å avklare/forhandle. Vi vil gjerne nytte dette høvet til ein kort prat med dykk som i hovudsak vil bestå i avklare nokre punkt i tilbodet dykkar, slik at vi er sikre på vi har forstått rett og at vi samanliknar rett.*

*Vi driv framleis å planlegg innhaldet, men agendaen vil i alle fall inkludere*

- Presentasjon av bestillingsløysing og avvikssystem. Vi er særleg interessert i kva funksjonalitet de har for å sjå/filtrere avtalesortiment, samt korleis avvikssystemet fungerer i litt meir detalj. Det er fint dersom de i møtet kan vise dette.*
- Innhald i prisskjema*

*(...)»*

(11) Klager ba samme dag om en avklaring av hvilke punkter i besvarelsen innklagede hadde spørsmål til eller behov for avklaringer. Innklagede svarte på dette i e-post 20. september 2023:

*«Hei,*

*Det vi må særleg snakke om er tilnærming til anbrenk, og kva moglegheiter vi har for å få nokre av varene i anbrenk eller på anna måte tilpasse vårt behov for å kjøpe færre einingar.*

*(...)»*

(12) Forhandlingene med klager ble gjennomført på Teams 21. september 2023. I møtoreferatet punkt 3 «Prisskjema» fremgikk det at temaet var «spørsmål om anbrenk»:

*«Vi har stilt krav om anbrenk der det er relevant med grunngjeving i at målet vårt er å redusere svinn.*

*Tine leverer ikkje anbrenk, noko som kan medføre ein avvisningsplik.*

*Vi ber Tine skrive inn i prisskjema kor mange einingar det er i ein D-pak per linje-nivå, samt kva haldbarheit de kan levere på dei ulike produkta.*

*Vi ber også Tine skrive noko meir om avhjelpande tiltak i høve reduksjon av svinn.*

*Vi vil basert på dette gjere ei vurdering av avvisningsplikta.»*

(13) Av referatet fremgikk det følgende om muligheten for å inngi revidert tilbud:

*«Oppdatert tilbod:*

- De kan velje å skrive inn i referatet svar på dei punkta vi har spurt om, slik at referatet blir ein del av det vi evaluerer på og eventuelt blir ein del av avtalen, eller om de leverer eit oppdatert vedlegg B, der oppdatert tekst er utheva til dømes i raud skrift.

- Ber om nytt prisskjema, der det også er høve til å endre andre prisar enn nemnde korrigeringar.

(...))»

- (14) Klager leverte revidert tilbud innen fristen. Vedlagt tilbudet var referatet fra forhandlingene, det det blant annet var tatt inn følgende kommentar til punkt 3 «Prisskjema»:

*«TINE ønsker å legge til at det ble sagt i møtet at behovet for anbrekk kom av lite forbruk på noen brukersteder på 2 produktgrupper.*

*Disse 2 produktgruppene var på laktosefrie-produkter og på kefir-produkter. I vårt oppdaterte prisfil ser man at holdbarheten på disse produktene er lang og at TINE også har et relativt lite antall forbrukerpakninger på hver D-pak. Vi mener på bakgrunn av dette at behovet for anbrekk ikke kan gjøres relevant da vi mener at holdbarhet og antall F-pak pak gjør at brukerstedene kan forbruke produktene i god tid før holdbarhetstiden løper ut.*

*Kefir var ikke i prisskjema i anbudet, men det kan nevnes at «TINE® Kefir Økologisk 1000 g» har en holdbarhet 13 dager/ 10 F-pak i 1 D-pak.*

(...)

*TINE viser til oppdatert prisskjema: 2.2 Vedlegg C Prisskjema v3 -TINESA*

*Som man ser av skjema inneholder våre D-pak et antall F-pak som er så lite at våre kunder forbraker mengden utan matsvinn.*

(...))»

- (15) Klagers tilbud ble avvist 29. september 2023. Avvisningen var hjemlet i anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b, subsidiært § 24-8 (2) bokstav a. Begrunnelsen var at klagers forbehold mot å tilby anbrekk ble vurdert å være et vesentlig avvik som medførte avvisningsplikt.
- (16) Delkontrakt 2 ble tildelt Servicegrossistene AS 11. oktober 2023.
- (17) Klager påklaget avvisningen 20. oktober 2023. Klagen ble supplert i brev 25. oktober 2023. Innklagede svarte på klagen 3. november 2023, men tok den ikke til følge.
- (18) Klagen ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. november 2023. Innklagede har avventet å inngå kontrakt, og behandlingen av saken har vært prioritert.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. januar 2024.

## **Anførsler:**

### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (20) Innklagede har lempet på et minstekrav om bestilling i anbrett der det var relevant. Det som fremsto som et absolutt krav, ble i spørsmål og svar-runden omdannet til et mer fleksibelt krav, hvor det ble åpnet for at oppdragsgiver kunne vurdere og eventuelt akseptere alternative løsninger som ivaretok hensynene bak kravet om anbrett. Dette utgjør en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget i strid med forskriften § 14-2 (1).
- (21) Minstekravet om bestilling i anbrett der det er relevant er uansett i strid med klarhetskravet i offentlige anskaffelser, både slik det var kunngjort og i lys av innklagedes svar på spørsmål. Kravet slik det var kunngjort er uforutsigbart og vanskelig å manøvrere etter, og er derfor i strid med loven § 4. Det kunne både forstås som at bestilling i anbrett kun gjaldt spesifikke varer som var avklart på forhånd, eller som at oppdragsgiver skulle kunne bestille i anbrett ved behov. Innklagedes svar på spørsmål om rekkevidden av kravet innebar heller ingen klargjøring, og medførte isteden at det ble åpnet for alternative måter å oppfylle kravet på. Dette skapte en uklarhet knyttet til om kravet var absolutt eller ikke.
- (22) Bruddet på klarhetskravet medfører avlysningsplikt fordi feilen har påvirket utformingen av tilbudene, og kan ha påvirket deltakelsen i og utfallet av konkurransen.

### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (23) Innklagede bestrider at minstekravet om bestilling av varer i anbrett der det er relevant er i strid med klarhetskravet. Anskaffelsen gjelder matvarer, primært til videregående skoler med begrenset kapasitet til lagring og oppbevaring. Det må ha fremstått klart for leverandørene at anbrett ville være relevant for varer som leveres i store forpakninger eller der holdbarheten er kort.
- (24) Innklagede har heller ikke omdannet minstekravet til et mer fleksibelt krav. På spørsmål om forbehold mot kravet ville medføre avvisning svarte innklagede at man ikke ville avvise i første omgang, men benytte forhandlingene til å utforske om et eventuelt forbehold utgjorde et vesentlig avvik. Det fremgår av svaret at innklagede anså kravet som et minstekrav, og at vesentlige avvik ville medføre avvisning. At innklagede ga uttrykk for at forbehold mot kravet ikke automatisk ville medføre avvisning før forhandlingene, henger sammen med at innklagede anser det som lovlig å forhandle bort vesentlige avvik. Det var imidlertid utelukkende avvik i tilbudene som kunne forhandles bort. Innklagedes svar kan ikke forstås slik at det ville bli anledning til å forhandle bort minstekravet.
- (25) Eventuelle uklarheter har uansett ikke påvirket deltakelsen, og medfører dermed ingen avlysningsplikt.

## **Klagenemndas vurdering:**

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder flytende og faste meieriprodukter og kjølte drikkevarer som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 6 millioner kroner per år, med en maksimal verdi på 36 millioner kroner over fire år. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (27) Klagenemnda skal ta stilling til om det var stilt et uklart minstekrav i strid med det anskaffelsesrettslige klarhetskravet.
- (28) Det følger av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4 at anskaffelsesdokumentene må utformes slik at rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører forstår dem på samme måte, jf. Høyesteretts dom i HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 48-50 med videre henvisninger til EU-domstolens praksis, se blant annet C-27/15 *Pippo Pizzo* avsnitt 37-42. Saken gjaldt utformingen av kvalifikasjonskrav, men klarhetskravet gjelder tilsvarende ved utformingen av minstekrav, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2023/320 avsnitt 41 og sak 2013/137 avsnitt 42.
- (29) Det omstridte kravet fremgikk av instruksen for utfylling av prisskjema, og lød som følger:
- «Alle produkt som vert tilbydd i prisskjema og derfor er definert som standardsortiment (...) skal vere mogleg å bestille i anbrett der det er relevant.»*
- (30) Ved tolkningen av konkurransedokumentene må det tas utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden for å komme frem til hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravene, jf. Flage Maskin-dommen avsnitt 51.
- (31) Partene er enige om at anbrett i denne konteksten betyr at det kan bestilles varer i et mindre kvantum enn tilbudt forpakningsstørrelse. Muligheten for å bestille varer i anbrett forutsetter dermed at forpakninger brytes uten at alle produktene blir solgt. Bestilling i anbrett er av denne grunn prisdrivende.
- (32) Klager har anført at det var uklart om ordlyden *«der det er relevant»* skulle forstås som en henvisning til et på forhånd avklart utvalg varer, eller om det måtte forstås som at innklagede skulle ha mulighet til å bestille alle varene i standardsortimentet i anbrett dersom det var relevant for den enkelte bestiller.
- (33) Klagenemnda kan ikke se at dette er uklart. Konkurransedokumentene inneholdt ingen angivelse av hvilke varer det var relevant å bestille i anbrett, og det var dermed ikke nærliggende å tolke kravet slik at bestilling i anbrett bare gjaldt for varer som var forhåndsdefinert som relevante. Slik klagenemnda leser kravet, skulle leverandøren akseptere å levere varer i anbrett for hele standardsortimentet.
- (34) Klagenemnda er heller ikke enig med klager i at en nærmere angivelse av hvilke varer det ville være relevant å bestille i anbrett var nødvendig for å overholde det anskaffelsesrettslige klarhetskravet. Hvorvidt det er relevant å bestille varene i anbrett, påvirkes av hvilken størrelse det er på forpakningene den enkelte leverandøren tilbyr, og hvilken holdbarhet produktene har. Risikoen for at merkostnadene ved bestilling i anbrett oppstår, er dermed noe leverandørene selv kan påvirke gjennom å tilby mindre forpakninger og lengre holdbarhet. Utover dette må kostnadene ved risikoen innkalkuleres i tilbudet. At det kan være utfordrende å beregne en pris som dekker slike kostnader, medfører ikke at kravet er uklart, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/932 avsnitt 25.

- (35) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at kravet, slik det var kunngjort, var tilstrekkelig klart.
- (36) Det neste spørsmålet er om kravet ble endret gjennom innklagedes svar på klagers spørsmål om forbehold mot kravet, og om dette i så fall medførte en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.
- (37) Det følger av forskriften § 14-2 (1) at oppdragsgiver før tilbudsfristens utløp kan foreta endringer av konkurransegrunnlaget «*som ikke er vesentlige*».
- (38) Hva som utgjør en vesentlig endring, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering, se EU-domstolen sak C-298/15 *Borta* premiss 70 flg. EU-domstolen la her til grunn at oppdragsgiver kan korrigere og presisere opplysningene i konkurransegrunnlaget dersom dette er nødvendig, og at andre endringer kan være tillatt om de ivaretar hensynet til likebehandling og forutberegnelighet. Endringene kan være betydelige, men ikke så vesentlige at de kan ha betydning for hvilke leverandører som er interessert i å delta i konkurransen.
- (39) Lemping av et minstekrav vil som hovedregel anses som en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2022/702 avsnitt 33-35. I denne saken ble et krav om at et operasjonsbord skulle kunne reguleres opp i 90 grader endret til 70 grader etter innspill fra leverandører som ellers ikke ville ha kunnet delta i konkurransen. Klagenemnda fant at dette utgjorde en vesentlig endring, og ikke lovlig kunne gjennomføres i medhold av bestemmelsen i § 14-2 (1).
- (40) I denne saken skjedde den anførte endringen gjennom innklagedes svar på et spørsmål fra klager. Spørsmålet innklagede besvarte, gjaldt hvorvidt tilbud med forbehold mot kravet om anbrenn ville bli avvist. Til dette svarte innklagede blant annet at kravet var et minstekrav som man i liten grad kunne eller ønsket å fravike. Det ble samtidig opplyst at man ønsket å forhandle med tilbydere som hadde avvik mot kravet:
- «Men dette er ein konkurranse med forhandling. Vi vil derfor ikkje avvise ein leverandør på bakgrunn av forhold mot dette i første omgang. Da kan vi nytte forhandlingane til å utforske løysingar som ivaretar oppdragsgjevar sitt behov i eit matsvinns-perspektiv, og ikkje fråvikar minstekravet i vesentleg grad.»*
- (41) Klager anfører at denne formuleringen må forstås slik at oppdragsgiver har endret kravet fra et minstekrav til et mer fleksibelt krav, der hensynene bak kravet om bestilling i anbrenn kunne ivaretas på andre måter enn gjennom anbrenn.
- (42) Selv om deler av svaret isolert sett kan forstås slik klager hevder, er kravet om å bestille i anbrenn også omtalt som et minstekrav som det ikke er mulig eller ønskelig å fravike i vesentlig grad. I konteksten svaret ble gitt legger klagenemnda til grunn at en rimelig opplyst leverandør måtte forstå at svaret ga anvisning på at forbeholdet ville være gjenstand for en vesentlighetsvurdering for å avgjøre om tilbudet måtte avvises. Det må også ha vært forståelig at innklagede ønsket å åpne for at eventuelle vesentlige avvik i tilbudet kunne forhandles bort, men at man verken kunne eller ønsket å lempe på minstekravet i forhandlingene.

(43) Innklagede har dermed ikke lempet kravet, og svaret på spørsmålet utgjør dermed heller ikke en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel har dermed ikke ført frem.

***Konklusjon:***

Vestland fylkeskommune har ikke brutt anskaffelsesloven § 4 ved å oppstille et uklart minstekrav.

Vestland fylkeskommune har ikke brutt forskriften § 14-2 (1) ved å endre konkurransegrunnlaget vesentlig.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hanne S. Torkelsen

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*