



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Feil i/uklart konkurransegrunnlag

*Innklagede v/ Finnut AS gjennomførte en konkurranse for inngåelse av rammeavtale for kjøp av matvarer, blant annet innen produktområdet kolonialvarer, frossen fisk, egg og fjørfe. Klagenemnda konkluderte med at det ikke var uklart hvordan leverandørene skulle oppgi priser for øvrig sortiment og hvordan dette ville bli evaluert. Konkurransegrunnlaget var dermed ikke uklart.*

### Klagenemndas avgjørelse 12. august 2024 i sak 2024/0758

**Klager:** Servicegrossistene AS

**Innklaget:** Nesna kommune, Vadsø kommune, Lavangen kommune, Salangen kommune, Målselv kommune, Sørreisa kommune, Balsfjord kommune, Kautokeino kommune, Loppa kommune, Nordkapp kommune, Porsanger kommune, Karasjok kommune, Berlevåg kommune, Tana kommune, Nesseby kommune og Båtsfjord kommune (*Innkjøpssirkelen*).

### Klagenemndas

**medlemmer:** Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Hanne S. Torkelsen.

### Bakgrunn:

(1) Innkjøpssirkelen (heretter *innklagede*) kunngjorde 29. desember 2023 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for kjøp av matvarer for kommuner i Nord-Norge. Anskaffelsens verdi var estimert til 175 millioner kroner. Tilbudsfrist var 16. februar 2024.

(1) Saken gjelder delkontrakt 2 om kolonialvarer, frossen fisk, egg og fjørfe.

(2) Eneste tildelingskriterium i konkurransen var lavest pris.

(3) Det fulgte av konkurransegrunnlagets punkt 5.7 at «*Konkurransen gjennomføres elektronisk, og tilbudet skal innleveres via Mergell konkurransegjennomføringsverktøy (KGV)*».

(4) Videre fulgte det av kravspesifikasjonens punkt 1.0.0 at:

*«Krav som er merket som "obligatorisk minstekrav" må være oppfylt for at tilbudet kan anses å tilfredsstille kravspesifikasjonen. Krav som ikke oppfyller "obligatorisk minstekrav" kan bli avvist.»*

(5) I kravspesifikasjonens punkt 4.0.0 «*Øvrig sortiment og prispåslag (obligatorisk minstekrav) (Informasjon)*» fremgikk det:

*«Produktene som er spesifisert i prisskjemaet og kravspesifikasjonen representerer et utdrag av de produkter og varianter oppdragsgiver vil kjøpe på denne avtalen. Det er et minimumskrav at disse produktene kan leveres. Likevel poengteres det at disse produktene kun er spesifisert på grunn av evalueringsformål.*

**Postadresse:**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

*Leverandør skal også kunne levere andre produkter som naturlig hører inn under kolonialvarer, frossen fisk, egg og fjørfe, men som ikke konkret er nevnt i listen.*

*Leverandør skal tilby øvrig sortiment til samme prisdannelse som produktene som følger av produktlisten.*

***Prisen på øvrig sortiment fastsettes slik:***

*Nettoinnkjøpspris/kostpris + påslag som leverandøren har på produktene for produktene i øvrig sortiment. Leverandøren skal opplyse om prispåslaget i prosent på innkjøpspris/kostpris på øvrig sortiment. Forventet årlig forbruk er satt til kr. 1.000.000,-. Årlig forbruk pluss påslag vil legges til i prisevalueringen.*

*Leverandør skal tilby produkter i henhold til prismodellen som er oppgitt i konkurransen. Det er anledning til å justere prisene 2 ganger i året som følge av endringer i leverandørens netto innkjøps- eller engrospris, førstegang juli 2024. Oppdragsgiver skal ha rett til innsyn i regnskaper/annen relevant dokumentasjon for verifisering. Oppdragsgiver kan benytte tredjepart til gjennomføring av slik undersøkelse.»*

- (6) Det fulgte av kravspesifikasjonens punkt 4.1.0 «Påslag kolonialvarer, frossen fisk, egg og fjørfe (obligatorisk minstekrav) (Svar er påkrevd)» at «Leverandøren skal angi prispåslag i prosent».
- (7) Den 2. februar 2024 sendte innklagede følgende tilleggsinformasjon via Mercells funksjon for tilleggsinformasjon:

***«Tilleggsinformasjon nr. 1, prising øvrig sortiment***

*Beskrivelse: Av hensyn til konfidensialitetsavtale med produsentene vedrørende innkjøpsbetingelser endrer vi prispåslaget for øvrig sortiment.*

*Prisen på øvrig sortiment blir fastsatt basert på leverandørens faste priser minus en rabatt som selskapet oppgir i kravspesifikasjon punkt 4.1.0.».*

- (8) I forbindelse med endringene ble tilbudsfristen forlenget til 1. mars 2024.
- (9) Innklagede oppdaterte ikke kravspesifikasjonen eller skjemaet for inngivelse av tilbud etter at tilleggsinformasjonen ble sendt ut.
- (10) Innklagede mottok tre tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Servicegrossistene AS (heretter klager) og DLVRY AS (heretter valgte leverandør).
- (11) Klager ble avvist fra konkurransen 9. mars 2024. Avvisningen ble begrunnet med at «Servicegrossisten har gitt et påslag på øvrig sortiment på 16% under kravet 4.1.0 prispåslag kolonialvarer, frossen fisk, egg og fjørfe.», og at dette var i strid med tilleggsinformasjonen innklagede hadde gitt 2. februar 2024.
- (12) Ved tildelingsbeslutning 22. april 2024 ble kontrakt tildelt valgte leverandør.
- (13) Klager klaget til innklagede 29. april 2024.
- (14) Innklagede tok ikke klagen til følge i brev datert 6. mai 2024.

- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 10. mai 2024.
- (16) Innklagede har bekreftet at de avventer kontraktsinngåelse til saken er behandlet av klagenemnda.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. august 2024.

#### **Anførsler:**

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

- (18) Det foreligger feil eller uklarheter i konkurransegrunnlaget som kan ha påvirket utfallet av konkurransen og som ikke kan rettes på andre måter enn ved å avlyse denne.
- (19) Det var i konkurransegrunnlaget angitt at leverandørene skulle oppgi et prispåslag for øvrig sortiment. Underveis i konkurransen informerte innklagede om at de ville endre prispåslaget for øvrig sortiment. Etter klagers syn er det uklart hva innklagede mente med dette, og innklagede verken endret kravspesifikasjonen eller tilbudsskjemaets instruksjoner om påslaget etter tilleggsinformasjonen var gitt. For det tilfelle at leverandørene ikke skulle oppgi påslagsprosent i tråd med konkurransedokumentenes instruksjoner om dette, burde det ha fremgått helt klart av tilleggsinformasjonen og i tilbudsskjemaet. Dette gjelder særlig i et tilfelle som det foreliggende der leverandørene risikerte å bli avvist fra konkurransen ved en feilaktig utfyllelse av kravspesifikasjonen. Tilleggsinformasjonen gjorde det videre uklart om og eventuelt hvordan påslagsprosenten eller rabatten ville bli vektlagt i tilbudsevalueringen, og hvordan evalueringen av tilbudt pris ville skje.
- (20) Det er ikke tvilsomt at feilen har hatt innvirkning på utformingen av klagers tilbud, slik at beviskravet for at det skal være avlysningsplikt er oppfylt. Klager oppga en påslagsprosent i sitt tilbud fordi de oppfattet at anskaffelsesdokumentene og tilbudsskjemaet stilte krav om dette. Det er videre sannsynlig at uklarhetene om hvorvidt og hvordan påslagsprosenten eller rabatten ville bli vektlagt i tilbudsevalueringen, og hvordan evalueringen av tilbudt pris ville skje, har påvirket de øvrige tilbudenes utforming i konkurransen. Innklagede har dermed en plikt til å avlyse konkurransen.

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

- (21) Det foreligger ikke feil og plikt til å avlyse konkurransen. Konkurransegrunnlaget er tilstrekkelig klart, og den normalt påpasselige tilbyderer forstod at det ikke lenger skulle konkurreres på påslagsprosent, men en rabatt. Det er også i tilleggsinformasjonen oppgitt at denne rabattsatsen skal oppgis i kravspesifikasjonens punkt 4.1.0. Det kan derfor ikke være tvilsomt for tilbyderne som leser tilleggsinformasjonen at det ikke lenger er en påslagsprosent som skal oppgis, men en rabattsats. Tilleggsinformasjon er en del av anskaffelsesdokumentene som leverandørene må ta hensyn til ved utarbeidelse av tilbudene sine.
- (22) Innklagede kan heller ikke se at det var uklart hvorvidt det var påslagsprosenten eller rabatten som skulle vektlegges ved evaluering av pris for øvrig sortiment. Det fremgår tydelig av tilleggsinformasjonen at prisen vil bli fastsatt basert på «*faste priser minus en rabatt*» og det er dermed denne rabatten som vil være gjenstand for evaluering siden det også er denne som vil bli benyttet for prisfastsettelsen av øvrig sortiment. Det var også

tilstrekkelig klart at rabatten ville bli beregnet ut fra en kjøpesum på én million kroner i evalueringen.

**Klagenemndas vurdering:**

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale for matvarer som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 175 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III., jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (24) Klagenemnda vil vurdere om det var stilt et uklart minstekrav, og om det var uklart hvordan prisene skulle oppgis og hvordan tilbudene skulle evalueres på pris, i strid med det anskaffelsesrettslige klarhetskravet.
- (25) Det følger av kravet til forutberegnelighet og likebehandling at konkurransegrunnlaget må være utformet tilstrekkelig klart og utvetydig til at en rimelig opplyst leverandør vil forstå kravenes innhold og tolke dem på samme måte, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1489 avsnitt 62 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 SIAC avsnitt 42. Konkurransegrunnlaget må dermed gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal kunne gi tilbud på likt grunnlag. Det skal fremgå klart hva det skal gis tilbud på, og hvordan dette skal gjøres. Det er oppdragsgiver som har risikoen for eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget jf. anskaffelsesforskriften § 14-1 femte ledd.
- (26) Det fulgte av kravspesifikasjonens punkt 4.0.0 at prisen på øvrig sortiment skulle fastlegges ved «*Nettoinnkjøpspris/kostpris + påslag som leverandøren har på produktene for produktene*», og at leverandørene skulle opplyse om prispåslaget i prosent på innkjøpspris/kostpris på øvrig sortiment. Videre fremgikk det at «*Årlig forbruk pluss påslag vil legges til i prisevalueringen.*». Forventet årlig forbruk var oppgitt å være en million kroner.
- (27) Videre fulgte det av kravspesifikasjonens punkt 4.1.0 at «*Leverandøren skal angi prispåslag i prosent*».
- (28) Begge punktene i kravspesifikasjonen var angitt som obligatoriske minstekrav. Det fremgikk av kravspesifikasjonens punkt 1.0.0 at tilbud som ikke oppfylte obligatoriske minstekrav kunne bli avvist.
- (29) Etter ordlyden i konkurransegrunnlaget skulle dermed påslagsprosent oppgis for øvrig sortiment, og for øvrig sortiment ville prisen bli evaluert basert på det estimerte årlige forbruket på 1 million kroner med tillegg av den angitte påslagsprosenten.
- (30) Den 2. februar 2024 sendte innklagede følgende melding til leverandørene med emnet «*Tilleggsinformasjon nr. 1, prising øvrig sortiment*»:

*«Av hensyn til konfidensialitetsavtale med produsentene vedrørende innkjøpsbetingelser endrer vi prispåslaget for øvrig sortiment.*

*Prisen på øvrig sortiment blir fastsatt basert på leverandørens faste priser minus en rabatt som selskapet oppgir i kravspesifikasjon 4.1.0.»*

- (31) Spørsmålet blir om det som følge av denne tilleggsinformasjonen ble uklart hva leverandørene skulle oppgi for øvrig sortiment og hvordan dette ville bli evaluert.
- (32) Formuleringen i tilleggsinformasjonen tilsier at innklagede endret anskaffelsesdokumentene til at det skulle oppgis faste priser og en rabatt istedenfor nettoinnkjøpspris/kostpris og påslagsprosent for øvrig sortiment, og at denne rabatten skulle oppgis i kravspesifikasjonens punkt 4.1.0. Det estimerte årsforbruket på 1 million kroner forble uendret. En naturlig følge av dette er at den angitte rabatten skulle trekkes fra det estimerte årlige forbruket i evalueringen av leverandørenes pris, istedenfor at påslagsprosenten skulle legges til. At man med utgangspunkt i faste priser konkurrerer på rabatt, og ikke på påslag, er både logisk og vanlig praksis. Klagenemnda bemerker at innklagede med fordel kunne presisert at dette var en endring av bestemmelsene om prising, og fysisk endret tilbudsskjemaet og kravspesifikasjonen. Nemnda mener likevel at det var tilstrekkelig klart at tilleggsinformasjonen medførte at leverandørene skulle oppgi rabatt på øvrig sortiment istedenfor påslagsprosent. De to øvrige leverandørene i konkurransen har også inngitt tilbud i samsvar med en slik forståelse.
- (33) Klagenemnda er etter dette kommet til at det ikke var uklart hvordan leverandørene skulle oppgi priser for øvrig sortiment og hvordan dette ville bli evaluert. Innklagede har følgelig ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag.

***Konklusjon:***

Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg.

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*