



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede kunngjorde en konkurranse for kjøp og transport av varmmat til to sykehjem med tilhørende dagsentre. Klagenemnda fant at det ikke var gitt tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud i anskaffelsesprotokollen. Under tvil kom klagenemnda til at det var gitt en tilstrekkelig begrunnelse i meddelelsen om valg av tilbud. Men innklagede hadde ikke gitt en tilfredsstillende "nærmere begrunnelse" i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (4). Konkurransesgrunnlaget la opp til at leveransen kunne utføres på to alternative måter, og klagenemnda hadde ingenting å utsette på dette.*

### **Klagenemndas avgjørelse 13. februar 2006 i sak 2005/8**

Klager: Matpartner AS

Innklaget: Oslo kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Siri Teigum, Morten Goller, Inger Roll-Matthiesen.

**Saken gjelder:** Mangelfull anskaffelsesprotokoll. Manglende nærmere begrunnelse. Vekting av tildelingskriterier. Konkurransesgrunnlagets utforming vedrørende løsning av oppdraget.

#### **Bakgrunn:**

(1) Oslo kommune v/bydel Nordstrand (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 2. september 2004 en åpen anbudskonkurranse for kjøp og transport av varmmat – middag til to sykehjem med tre tilhørende dagsentre.

(2) Kontrakt skulle tildeles den leverandør som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbud, basert på følgende tildelingskriterier:

- *"Pris*
- *Sikkerhet*
- *Brukervennlighet*
- *Kvalitet*
- *Lønnsomhet*

*Pris er kriteriet som vil være avgjørende når leverandørene tilfredsstiller normale krav til øvrige punkter."*

(3) I konkurransegrunnlagets punkt 4 "*Leveransen omfang*" het det:

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:  
postmottak@kofa.no  
Nettside: www.kofa.no

*”Avtalen omfatter kjøp og transport av varmmat – middag til to sykehjem, Nordseterhjemmet og Rynehjemmet med tre tilhørende dagsentre. Det tas forbehold i fth endringer som medfører et redusert antall porsjoner varmmat – middag.*

[...]

**Tilbud 1.** *Maten leveres kjølt distribuert til sykehjemmet. Her må leverandør bistå med leie av regenereringsvogner på sykehjemmet.*

**Tilbud 2.** *Maten leveres varm i varmevogner.”*

- (4) I brev av 17. september 2004 ble leverandørene opplyst om en endring i konkurransegrunnlaget:

*”Vi vil med dette orientere om en endring i tilsendt konkurransegrunnlag for kjøp og transport av varm mat – middag til to sykehjem og tre tilhørende dagsentre. Bydelsutvalget i bydel Nordstrand vedtok 16.09.04 nedleggelse av Nordstua og Sørstua tilknyttet Nordseterhjemmet.*

*Konkurransegrunnlaget er således redusert til å gjelde for:  
Nordseterhjemmet  
Rynehjemmet med tilhørende dagsenter.”*

- (5) Ved tilbudsfristens utløp var det kommet inn fire tilbud, hvorav ett fra Matpartner AS (heretter kalt klager) og ett fra Medirest Norge AS (heretter kalt Medirest).
- (6) Det ble ført anskaffelsesprotokoll for anskaffelsen. Som begrunnelse var det i protokollen satt opp en gjennomgang av tilbyderne:

**”Tilbyder 3: Medirest**

*Det mest økonomisk fordelaktige tilbud.*

*Alle andre kriterier er oppfylt.*

[...]

*Totalt for levering av mat og leie av vogner i 2 år: kr. 7 481 710 eks mva*

**Tilbyder 4: Matpartner**

*Tilbyder har et dyrere tilbud enn tilbyder 3.*

*Alle andre kriterier er oppfylt.*

[...]

*Totalt: kr. 4 427 828 pr. år kr. 8 855 656 pr. 2 år eks mva*

[...]

*Leie av regenereringsvogner er inkludert i ovennevnte pris.*

**Tilbyder 2: Silurveiens sykehjems sentralkjøkken**

*Tilbyder har et dyrere tilbud enn tilbyder 3 og 4.*

*Alle andre kriterier er oppfylt.*

[...]

*Totalt: kr. [...] pr. år kr. 9 353 188 pr. 2 år eks mva*

[...]

Det er ikke leie av regenereringsvogner.”

- (7) Leverandørene ble i brev av 24. november 2004 meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Medirest. I brevet stod det blant annet:

*”Bydel Nordstrand, er som offentlig oppdragsgiver jfr. Forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 pålagt å meddele samtlige deltakere i konkurransen at vi har til hensikt å inngå kontrakt for kjøp og transport av varm mat – middag til to sykehjem og tilhørende dagsenter med MEDIREST:*

*Begrunnelse:*

*Valget er gjort ut fra kriteriene som fremkommer i tilbudsinnbydelsen av 01.09.04. Tilbudet fra MEDIREST er vurdert som det økonomisk mest fordelaktige, der tilbudet totalt sett oppfylte kriteriene best.”*

- (8) Klagefrist var i brevet satt til 30. november 2004. Samme dag som klagefristen løp ut, mottok innklagede en henvendelse pr faks fra klager der det ble bedt om en forlenget klagefrist. I e-post av 1. desember 2004 ble alle anbyderne meddelt at klagefristen var forlenget til 10. desember 2004.
- (9) I brev datert 2. desember 2004 klaget klager på avgjørelsen av konkurransen. Det ble også bedt om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør.
- (10) En utfyllende begrunnelse for valg av leverandør ble sendt alle anbyderne den 9. desember 2004. Klagefristen ble som følge av dette forlenget til 14. desember 2004. I brevet het det:

*”Det vises til vårt brev av 24.11.2004 hvor vi meddelte at vi har til hensikt å inngå kontrakt med MEDIREST. Begrunnelsen for vårt valg var ikke i overensstemmelse med de krav til begrunnelses innhold lov og forskrift om offentlige anskaffelser oppstiller.*

*Vi beklager at begrunnelsen ikke var tilfredsstillende og sender derfor ny meddelelse som tilfredsstiller regelverket.*

[...]

*Alle tilbud er vurdert i henhold til tilkjennegitte kriterier, jf kunngjøringen og konkurransegrunnlag av 30.08.2004.*

*Det vises til konkurransegrunnlagets punkt G – Avgjørelse av konkurransen*

[...]

*Avgjørelse av konkurransen*

*Alle tilbud bar preg av god kvalitet, brukervennlighet og sikkerhet og tilfredstilte de krav som var satt. MEDIREST skåret best på kriteriene pris og lønnsomhet. MEDIREST sitt tilbud lå 17.57 % lavere enn nest billigste tilbyder og 35.13 % billigere enn dyreste.*

*Tilbudet fra MEDIREST ble derfor vurdert som det økonomisk mest fordelaktige tilbud.”*

- (11) Samme dato sendt innklagede i tillegg svar på klagen og en nærmere begrunnelse til klager. I brevet stod det blant annet dette:

*”Deres tilbud skåret godt og jevnbyrdig med de øvrige tilbyderne på kriteriene kvalitet, sikkerhet og brukervennlighet. Deres tilbud tilfredsstillende de krav som er satt i henhold til disse kriteriene. Vedrørende kriteriene pris og lønnsomhet var vinnerens tilbud mer fordelaktig.*

*Medirest sitt tilbud lå 17.57 % lavere enn nest billigste tilbyder.*

*Medirest Norge A/S er det firmaet som kan gi Bydel Nordstrand det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.”*

- (12) Innklagede mottok ny klage fra klager pr e-post den 13. og 14. desember 2004. Klagen ble besvart i brev av 16. desember 2004. I brevet het det:

*”De ber om ytterligere redegjørelse for vårt valg av leverandør.*

*Avgjørelsen av konkurransen*

*Bydel Nordstrand har til hensikt å inngå kontrakt med Medirest Norge A/S. Bakgrunn for valget er gitt i brev datert 09.12.04.*

*Som der nevnt ble alle tilbud vurdert opp mot kriteriene pris, sikkerhet, brukervennlighet, kvalitet og lønnsomhet. Samtlige tilbydere oppfylte de krav som var satt til levering av middag, jf konkurransegrunnlagets pkt A og ble vurdert som jevnbyrdige / like gode i relasjon til tildelingskriteriene sikkerhet, brukervennlighet og kvalitet.*

*Avgjørelsen av konkurransen bygger ikke på hvilken løsning som er foreslått å benytte så lenge normalkravene var oppfylt vedrørende [sikkerhet], brukervennlighet og kvalitet. Fordi tilbyderne på 3 av 5 tildelingskriterier var jevne ble tildelingskriteriet pris og lønnsomhet utslagsgivende. Dette er i samsvar med hva som var tilkjennegitt i konkurransegrunnlaget, se punkt 9.*

*Medirest sitt tilbud var billigere enn de øvriges og således vurdert til å være det mest økonomisk fordelaktige.*

*Medirest Norge A/S har i sitt tilbud en totalsum på kr. 3.672.805.”*

- (13) Kontrakt mellom innklagede og Medirest ble inngått i desember 2004.

**Anførsler:**

*Klagers anførsler:*

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (15) Innklagedes svarbrev av 16. desember 2004 tilfredsstillende ikke forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 Protokollføring, og § 17-2 Kriterier for valg av tilbud. Klager har kontaktet innklagede vedrørende innklagedes begrunnelse for valg av tilbud. Klager

har ikke fått tilfredsstillende begrunnelse for vurderingen, og betviler at anskaffelsesprotokoll er ført i henhold til § 15-1.

- (16) Tildelingskriteriene skal begrunnes og sammenlignes med vinneren av konkurransen. Klager stiller spørsmålstegn ved innklagedes begrunnelse i brev av 9. desember 2004 hvor innklagede beskriver at klagers tilbud skårer godt og jevnbyrdig med øvrige tilbydere. Det stilles også spørsmålstegn ved om innklagede har benyttet vekting av tildelingskriteriene og om vektingen er gjort kjent for de aktuelle tilbydere.
- (17) I konkurransegrunnlaget åpnes det for flere løsninger av oppdraget. Da klager anmodet innklagede om en nærmere begrunnelse vedrørende hva som skilte klagers tilbud fra vinneren i løsningen av oppdraget, fikk klager ikke noe svar. Dette gjør det vanskelig å kontrollere om innklagede har valgt det billigste tilbudet i henhold til § 17-2.
- (18) De korte klagefristene som innklagede opererer med, gjør at det kan være vanskelig å vurdere svarene innklagede gir. Dette strider mot gjeldende praksis av § 17-3 (2).
- (19) Klager ber klagenemnda vurdere om det forligger grunnlag for å kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse.

#### *Innklagedes anførsler:*

- (20) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (21) Slik innklagede forstår klagen, klages det over at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved at begrunnelsen for valg av leverandør ikke er tilstrekkelig til å oppfylle forskriftens krav og at det er gitt fort kort klagefrist. I tillegg forstår innklagede klagen slik at det stilles spørsmål til tildelingskriteriene, anskaffelsesprotokollen og løsningsalternativer.

#### *Begrunnelsespliktenes innhold*

- (22) Innklagede erkjenner at meddelelsen av 24. november 2004 ikke var tilstrekkelig. Dette ble derfor rettet opp ved brev av 9. desember 2004. Her blir de relative egenskaper ved det vinnende tilbud beskrevet opp mot de øvrige tilbudene. Alle tildelingskriteriene blir kommentert. Begrunnelsen som ble gitt den 9. desember oppfylder kravet i forskriftens § 17-3 (2).
- (23) I følge § 17-3 (2) skal meddelelsen ikke inneholde en vurdering av de enkelte tapende leverandørenes tilbud i forhold til den vinnende tilbud. Dette har imidlertid de tapende leverandørene krav på dersom de ber om det i henhold til § 3-8 (4). Innklagede har i brev av 9. desember 2004 også gitt en slik begrunnelse til klager. Innholdet i begrunnelsen oppfylder forskriftens krav.

#### *Klagefristens lengde*

- (24) Fristen fra første begrunnelse sendt 24. november 2004 var opprinnelig 30. november 2004. Fristen ble forlenget til 10. desember 2004. Ved innklagedes siste utfyllende begrunnelse den 9. desember 2004 ble fristen ytterligere utsatt til 14. desember 2004. Totalt sett var klagefristen på 20 dager regnet fra 24. november 2004. Forskriften sier ikke noe om klagefristens lengde, men den må være tilstrekkelig lang til at

leverandørene skal kunne klage. 20 dager klagefrist må ansees å oppfylle dette kravet.

- (25) Dersom fristen alternativt må regnes fra brevet som ble sendt 9. desember, er fristen på 5 dager. I henhold til en veileder utgitt av Nærings- og handelsdepartementet heter det at fristens lengde må vurderes i forhold til hvor komplisert anskaffelsen er, kontraktens verdi, om det er forhold hos oppdragsgiver som gjør at det haster med å inngå kontrakt mv. Innklagede vurderer ikke anskaffelsen til å være komplisert, og kontrakten er ikke av relativt stor verdi. Innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt tidlig i desember, slik at leverandøren kunne være operativ ved årsskiftet. Senere enn medio desember kunne man ikke vente med å inngå kontrakt dersom man skulle opprettholde kontraktsstart ved årsskiftet. En klagefrist på 5 dager var tilstrekkelig i dette tilfellet.

#### *Anskaffelsesprotokollens evaluering av tilbudene*

- (26) Innklagede forstår klagen slik at klager mener at innklagede har brutt forskriftens krav til å føre anskaffelsesprotokoll. Dette medfører ikke riktighet. Innklagede har ført anskaffelsesprotokoll. Protokollen inneholder alle de opplysninger forskriftens § 15-1 (1) og (2) bokstav a og b punkt 1-4 krever. Kravene til innhold i § 15-1 (2) bokstav c er delvis oppfylt. At begrunnelsen for valg av tilbyder konsentrerer seg om kriteriene pris og lønnsomhet, skyldes at det var her tilbudene skilte seg fra hverandre, slik at disse kriteriene ble helt sentrale. At begrunnelsen for valg er noe tynn på de øvrige tildelingskriteriene, har imidlertid ingen betydning for konkurransens utfall.
- (27) Videre forstår innklagede klagen slik at klager mener at tilbudene ikke er evaluert i henhold til tildelingskriteriene. Samtlige tildelingskriterier er lovlige kriterier og knytter seg til kontraktens gjenstand. Alle tildelingskriteriene er vurdert under evalueringen av tilbudene. I konkurransegrunnlaget åpner innklagede for to alternative leveringsmåter; maten leveres kjølt til sykehjemmet eller maten leveres varm i varmevogner. Hensikten med alternative leveringsmåter er å åpne opp konkurranse for flere leverandører. Ved evalueringen av tilbudene var det ikke utslagsgivende om tilbyder kunne levere alternativ 1 eller 2, da begge varianter i utgangspunktet kunne oppfylle innklagedes ytelser som beskrevet i konkurransegrunnlaget.
- (28) Under forutsetning av at løsningsalternativene oppfylte tildelingskriteriene sikkerhet, brukervennlighet og kvalitet, ble det utslagsgivende for valget hvilket alternativ som skåret best på kriteriene pris og lønnsomhet. Klagers løsningsforslag ble vurdert til like god som det vinnende tilbudet. Pris var det utslagsgivende da tilbudene oppfylte de øvrige kriteriene. Leverandørene er evaluert til å være like gode på samtlige tildelingskriterier, bortsett fra pris og lønnsomhet. Her kom det vinnende tilbud best ut. Innklagede har evaluert samtlige tildelingskriterier slik det på forhånd er tilkjennegitt i konkurransegrunnlaget at det vil bli gjort.

#### *Erstatning*

- (29) Ettersom innklagede mener at lov og forskrift om offentlige anskaffelser ikke er brutt, vil det ikke være noe ansvarsgrunnlag. Klager har heller ikke dokumentert noe tap.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Kontrakten gjelder uprioriterte tjenester, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5, og konkurransen følger del I og III i forskriften, jf § 2-1 (3).

#### *Krav til anskaffelsesprotokoll*

- (31) Innklagede har ført anskaffelsesprotokoll i tråd med kravene i forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 (1) og (2) bokstav a og b punkt 1-4. Spørsmålet er om kravet i § 15-1 (2) bokstav c er oppfylt. I henhold til denne bestemmelsen skal anskaffelsesprotokollen inneholde ”*begrunnelse for valg av tilbud med angivelse av tilbudets verdi og relative fordeler og egenskaper i forhold til de øvrige tilbudene.*”
- (32) Forskriften krever at begrunnelsen skal vise at tildelingen er i samsvar med de forhåndskunngjorte tildelingskriteriene, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2004/124. Utover å si at Medirests tilbud var lavest i pris, oppgir protokollen bare at ”*alle andre kriterier [er] oppfylt*”. Denne begrunnelsen viser ikke det valgte tilbuds relative fordeler og egenskaper, og det fremgår i det hele ikke av protokollen eller andre underliggende dokumenter hvordan tilbudene konkret har blitt evaluert på andre kriterier enn pris. Klagenemnda kan ikke ut fra anskaffelsesprotokollen se at tildelingen er i samsvar med tildelingskriteriene. Innklagede har således brutt kravet til protokollføring i forskriftens § 15-1 (2) bokstav c, jf kravet om etterprøvbarehet i lovens § 5.

#### *Krav til begrunnelsens innhold*

- (33) I henhold til forskriftens § 17-3 (2) skal oppdragsgiver gi tilbyderne en skriftlig begrunnelse for valg av tilbud. I tillegg må oppdragsgiver gi en nærmere begrunnelse etter § 3-8 (4) dersom en leverandør skriftlig anmoder om det.
- (34) Et av formålene med begrunnelsesplikten er å gi tilbyderne en reell mulighet til å etterprøve oppdragsgivers evalueringer, for på den måten å kunne vurdere hvorvidt oppdragsgivers beslutning skal bestrides, og om det evt. skal begjæres midlertidig forføyning før kontrakt inngås. Dette formålet tilsier at begrunnelsen må inneholde opplysninger som gjør at leverandørene har tilstrekkelig informasjon til å vurdere om tildelingen er i samsvar med regelverket.
- (35) Det følger av flere klagenemndsavgjørelser at den uoppfordrede begrunnelsen etter § 17-3 (2) skal omtale det valgte tilbudets egenskaper, mens begrunnelsen etter § 3-8 (4) må forutsettes å skulle sammenligne mer inngående det valgte tilbudet med tilbudet fra leverandøren som har anmodet om den nærmere begrunnelsen. Det vises blant annet til sak 2003/49. I samme sak sa klagenemnda at ettersom begrunnelsen etter § 3-8 (4) regelmessig vil komme etter at kontrakt er inngått, må innholdet i begrunnelsen etter § 10-3 (som tilsvarer § 17-3) inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandørene kan vurdere om oppdragsgivers valg av tilbud har vært saklig og forsvarlig, og i samsvar med de angitte tildelingskriterier.
- (36) Begrunnelse for valg av tilbud ble først gitt i brev av 24. november 2004, men innklagede aksepterte under saksbehandlingen at denne var utilstrekkelig. En ny begrunnelse ble derfor gitt 9. desember 2004. Spørsmålet er om denne begrunnelsen var tilstrekkelig. Prisene ble oppgitt ved prosentvise forskjeller, men for øvrig ble det

bare meddelt at ”tilbudene bar preg av god kvalitet, brukervennlighet og sikkerhet og tilfredstilte de krav som var satt”. Begrunnelsen er kort og noe upresis, men det er nærliggende å forstå den slik at innklagede har vurdert tilbudene som så likeverdige på andre kriterier enn pris og lønnsomhet, at disse kriteriene ble avgjørende. Dette er også i samsvar med det som er angitt om vekting i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda er under tvil kommet til at begrunnelsen var tilstrekkelig til å begrunne hvorfor *Medirests* tilbud ble valgt. Kravet til begrunnelse i forskriftens § 17-3 er med det oppfylt.

- (37) Videre skal det gis en begrunnelse for hvorfor *klagers* tilbud ikke ble valgt. Det andre brevet innklagede sendte klager den 9. desember 2004, var ment å gi klager en nærmere begrunnelse i henhold til forskriftens § 3-8 (4). I følge § 3-8 (4) skal den nærmere begrunnelsen opplyse om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler, samtidig som det skal begrunnes hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt. Når det som her er gitt en ren henvisning til at flere av tildelingskriteriene ble vurdert likt, uten en nærmere begrunnelse for vurderingen, har klagenemnda i flere saker lagt til grunn at det ikke gir leverandørene tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om det reelt sett kunne være grunn til å skille tilbudene. Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagedes brev av 9. desember 2004 ikke tilfredsstiller kravene til en nærmere begrunnelse til den som anmoder om det etter § 3-8 (4).
- (38) Ettersom klager faktisk har klaget innen fristens utløp og innklagede har besvart klagen, finner klagenemnda ingen grunn til å kommentere lovligheten av klagefristens lengde.

#### *Vekting av tildelingskriteriene*

- (39) Dersom oppdragsgiver i kunngjøring eller konkurransegrunnlag har oppgitt hvordan tildelingskriteriene skal vektas, innebærer forutberegnelighetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at oppdragsgiver må følge det under tilbudsevalueringen. Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget gjort det kjent for tilbyderne at pris ville være det avgjørende kriteriet. Selv om innklagede ikke har vist at alle tildelingskriteriene er blitt evaluert, viser sakens dokumenter i hvert fall at pris var det avgjørende kriteriet under evalueringen, og klagenemnda kan ikke se at innklagedes vekting av tildelingskriteriene har vært ulovlig.

#### *Alternative løsninger av oppdraget*

- (40) Konkurransegrunnlaget åpner for to ulike løsninger for levering av varmmat. Leverandørene er stilt fritt mht valg av løsning så lenge konkurransegrunnlagets krav blir oppfylt under utførelsen av kontrakten. Hvilken løsning tilbyderne velger for sitt tilbud skal således ikke vurderes under evalueringen av tilbudene. Klagenemnda har ingen innsigelser på at konkurransegrunnlaget åpner for to forskjellige løsninger.

#### *Erstatning*

- (41) Klagenemnda kan ikke se at det foreligger grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteresse.



**Konklusjon:**

Oslo kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 (2) bokstav c om krav til protokollføring, ved at protokollen ikke inneholdt en tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud.

Oslo kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (4) ved ikke å tilfredsstillere kravene til en nærmere begrunnelse.

For klagenemnda  
13. februar 2006

Morten Goller