



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Kommunene Vadsø, Nesseby, Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Porsanger, Loppa, Alta, Hammerfest, Sør-Varanger og Kåfjord gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler på leveranser av mat. Klagenemnda kom til at kommunene hadde brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise Asko Nord AS' tilbud. Kommunene Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Loppa, Alta, Hammerfest og Kåfjord hadde også brutt kravene til konkurranse og forutberegnelighet i loven § 5 ved å delvis avlyse konkurransen for varegruppen "fisk/fiskeprodukter" uten at det var rettslig grunnlag for dette i forskriften § 22-1.

Klagenemndas avgjørelse 14. desember 2009 i sak 2009/89

Klager: Nico-Fisk AS

Innklaget: Kommunene Vadsø, Nesseby, Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Porsanger, Loppa, Alta, Hammerfest, Sør-Varanger og Kåfjord.

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Adgangen til å inngi deltilbud. Delvis avlysning.

Bakgrunn:

- (1) Finnnot Consult AS kunngjorde 20. oktober 2008 en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale på levering av matvarer til kommunene Finnmark og Troms: Kommunene Vadsø, Nesseby, Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Porsanger, Loppa, Alta, Hammerfest, Sør-Varanger og Kåfjord (heretter kalt innklagede). Kontraktperioden ble i konkurransegrunnlaget punkt 1, "*Generell informasjon*", oppgitt å være 2 år med mulig forlengelse (prolongering) i ett år.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1, "*Generell informasjon*" fremgikk det at avtale ville bli inngått med den enkelte kommune.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 6.1, "*Produkter og varegrupper*" fremgikk videre at anskaffelsen omfattet 5 forskjellige varegrupper. Videre fremgikk det også at tilbyderne kunne velge om de ville gi tilbud på én eller flere varegrupper samt til én eller flere av de 11 kommunene anskaffelsen gjaldt. Fra punkt 6.1 i konkurransegrunnlaget hitsettes:

"Rammeavtalen(e) omfatter følgende varegrupper:

- tørrvarer og diverse matvarer*
- meieriprodukter*

- fisk/fiskeprodukter
- kjøtt/kjøttprodukter
- frukt/bær/grønnsaker

Det er mulig å levere anbud som kun gjelder en eller flere av de nevnte varegruppene. Det er også adgang til å legge inn anbud på en eller flere av kommunene. [...]"

- (4) I følge konkurransegrunnlaget punkt 8, "Valg av tilbud" ville kontrakt tildeles basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i henhold til følgende tildelingskriterier:

"1) Pris. Pris vurderes ved å gange enhetspriser med volumanslag på prisutfyllingsskjemaet og summere. Vi gjør oppmerksom på at volumanslag på prisutfyllingsskjemaet er basert på tall fra enkelte kommuner og virksomheter og illustrerer kun fordeling av innkjøp pr. produkt og ikke det totale forventede volum. Videre vil vi gjøre en vurdering av prisnivået på øvrig sortiment ved å foreta stikkprøver av sammenlignbare produkter

2) Sortiment (både bredde og dybde, om det tilbys spesialprodukter som søliakiprodukter, diabetesprodukter, produkter med lite salt, økologiske produkter etc.) Kun produkter hvor det er oppgitt nettoppris vil bli tatt med i vurderingen av sortimentet.

3) Leveringsforhold.

Dette kriteriet er en samlet vurdering av leverandørenes tjenestetilbud gjennom hele prosessen fra bestilling til varen er levert [...].

[...]"

- (5) Komplette tilbud skulle i følge konkurransegrunnlaget punkt 7, "Anbudets oppbygning" bestå av følgende:

"1) Anbudsbrev, signert av person med fullmakt til å binde selskapet, med følgende innhold:

En kort og generell beskrivelse av leverandøren.

Bekreftelse på at anbyder aksepterer de merkantile/kommersielle og avtalemessige bestemmelser gitt i anbudsdokumentet. Angivelse av eventuelle forbehold.

2) Utfyllt skjema for utfylling av priser og leveringsbetingelser-. Prisene skal angis i NOK, fritt levert og eksklusive merverdiavgift. [...].

3) Prisliste over hele det tilbudte sortiment

4) Beskrivelse av leveringsforhold

5) Dokumentasjon av oppfylte kvalifikasjonskrav (se punkt 2)."

- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt 8.2, "Vekting" fremgikk videre at tildelingskriteriene ville gis følgende vekt:

"Pris 40 %

Leveringsforhold 40 %

Sortiment 20 % "

- (7) Konkurransegrunnlaget inneholdt prisskjema for hver av varegruppene innklagede ønsket tilbud på. Fra prisskjemaet for varegruppen ”fisk/fiskeprodukter” hitsettes:

<i>"Vare</i>	<i>Enhet</i>	<i>Volum</i>	<i>Nettopris pr enhet</i>	<i>Beskrivelse/kommentar/ varenummer</i>
<i>Ansjosfilet</i>	<i>Kg</i>	<i>38</i>		
<i>Boknafisk</i>	<i>Kg</i>	<i>150</i>		
<i>Fiskeboller</i>	<i>Kg</i>	<i>250</i>		
<i>Fiskeboller u/mel og melk</i>	<i>Kg</i>	<i>26</i>		
<i>Fiskekaker</i>		<i>400</i>		
<i>Fiskekaker u/mel og melk</i>		<i>50</i>		
<i>Fiskepudding</i>	<i>Kg</i>	<i>196</i>		
<i>Fiskepudding u/mel og melk</i>	<i>Kg</i>	<i>18</i>		
<i>Hokifilet panert</i>	<i>Kg</i>	<i>42</i>		
<i>Hvalbiff</i>	<i>Kg</i>	<i>41</i>		
<i>Kryddersildfilet</i>	<i>Kg</i>	<i>38</i>		
<i>Kveite i skiver</i>	<i>Kg</i>	<i>80</i>		
<i>Kveite i skiver, frossen</i>	<i>Kg</i>	<i>20</i>		
<i>Laks i skiver. frossen</i>	<i>Kg</i>	<i>45</i>		
<i>Laksefilet</i>	<i>Kg</i>	<i>147</i>		
<i>Laksefilet med skinn og bein, frossen</i>	<i>Kg</i>	<i>99</i>		
<i>Laksefilet uten skinn og bein, frossen</i>	<i>Kg</i>	<i>36</i>		
<i>Lutefisk av torsk, frossen</i>	<i>Kg</i>	<i>31</i>		

<i>Pepperlaks varmrøkt, filet</i>	<i>Kg</i>	<i>45</i>		
<i>Reker i lake</i>	<i>Kg</i>	<i>3</i>		
<i>Reker pillede singelsfrossen</i>	<i>Kg</i>	<i>90</i>		
<i>Røket laks i skiver</i>	<i>Kg</i>	<i>451</i>		
<i>Røkt laks, hel</i>	<i>Kg</i>	<i>42</i>		
<i>Røkt torsk</i>	<i>Kg</i>	<i>160</i>		
<i>Seifilet uten skinn</i>	<i>Kg</i>	<i>208</i>		
<i>Seifilet uten skinn og bein, frossen</i>	<i>Kg</i>	<i>24</i>		
<i>Seikarbonader</i>	<i>Kg</i>	<i>180</i>		
<i>Spekelaks u/bein</i>	<i>Kg</i>	<i>24</i>		
<i>Spekesildfilet, vakumpk</i>	<i>Kg</i>	<i>12</i>		
<i>Speket laks i skiver</i>	<i>Kg</i>	<i>22</i>		
<i>Steinbitfilet frossen</i>	<i>Kg</i>	<i>212</i>		
<i>Sursild</i>	<i>Kg</i>	<i>46</i>		
<i>Torsk panert</i>	<i>Kg</i>	<i>105</i>		
<i>Torskefilet</i>	<i>Kg</i>	<i>202</i>		
<i>Torskefilet, lettsaltet</i>	<i>Kg</i>	<i>182</i>		
<i>Torskefilet u/skinn og bein, frossen</i>	<i>Kg</i>	<i>189</i>		
<i>Torskeloins</i>	<i>Kg</i>	<i>40</i>		
<i>Torsketunger</i>	<i>Kg</i>	<i>191</i>		
<i>Uerfilet</i>	<i>Kg</i>	<i>33</i>		
<i>Uerfilet lettsaltet</i>	<i>Kg</i>	<i>128"</i>		

- (8) Av konkurransegrunnlagets "STANDARD KONTRAKTSBESKRIVELSER", punkt 1, "Generelt", fremgikk:

"Kjøper er kommunen. Leverandør er den adressat som kontrakten er inngått med. Avtalen omfatter produkter som beskrevet i anbudspørørselen. [...]"

- (9) Innen tilbudsfristens utløp fikk innklagede inn 8 tilbud.

- (10) Nico-Fisk AS (heretter kalt klager) var en av leverandørene som innga tilbud i konkurransen. Fra klagers tilbud hitsettes:

"Vi ønsker å legge inn et anbud på levering av fisk og fiskeprodukter til 11 kommuner i Finnmark og Troms. Nico-Fisk har avtale på levering av fiskeprodukter som gjelder i perioden 15.01.07 til 14.01.09 med opsjon på ett års forlengelse. Denne avtalen omfatter 9 kommuner. [...]"

[...]

Leveringsbetingelser: Levering av fersk fisk kan skje inntil 2 ganger pr. uke. Her tas det værforbehold. Vi bruker hurtigruta for sjøtransport og Nor-Cargo for utkjøring fra kai og ut til kunden. Frossen fisk pakkes i kartonger fra 5-25 kg, og leveres etter avtale. Det brukes samme transportører som for fersk fisk."

- (11) I tillegg til Nico-Fisk AS ga 3 øvrige leverandører inn tilbud på fisk og fiskeprodukter, Surf & Turf Fiskemat AS, ServiceNord Engros AS og Asko Nord AS. Fra Asko Nord AS' tilbud hitsettes:

"Vi viser til Deres utlysning av åpen anbudskonkurranse om levering av utvalgte grupper av matvarer ihht. Ovenstående kommuner i Finnmark og Troms. Vi viser til deres spesifikasjoner for de stedene som inngår i avtalen. Vi har som intensjon å besvare alle punkter i forespørselen som vil være av viktighet for utvelgelsen av avtaleparter, og som vil inneholde krav og forventninger til leverandør som bør bekrefte. De øvrige punkter som ikke er kommentert vil være å betrakte som akseptert som beskrevet i anbudsinndydelser."

[...]

Sortiment

I tillegg til besvarelse på de forespurte produkter er vår sortimentsbok for offentlig sektor vedlagt elektronisk. Vårt tilbud innbefatter således alle de produkter som forefinnes i boken."

- (12) Fra ASKO NORD AS' utfylte prisliste for "fisk/fiskeprodukter", fremgikk blant annet at selskapet ikke tilbudte fersk fisk. Fra Asko Nord AS' tilbud, hitsettes:

<i>"Vare</i>	<i>Enhet</i>	<i>Volum</i>	<i>Nettopris pr enhet</i>	<i>Beskrivelse</i>	<i>Kommentar/ leverandørnavn</i>	<i>Varenummer EPD</i>
<i>Ansjosfilet</i>	<i>kg</i>	<i>38</i>	<i>142,55</i>	<i>ANSJOSFILET 200G TORO</i>	<i>RIEBER & SØN FOOD SER</i>	<i>[...]</i>

- (8) Av konkurransegrunnlagets "STANDARD KONTRAKTSBESKRIVELSER", punkt 1, "Generelt", fremgikk:

"Kjøper er kommunen. Leverandør er den adressat som kontrakten er inngått med. Avtalen omfatter produkter som beskrevet i anbudspørørselen. [...]"

- (9) Innen tilbudsfristens utløp fikk innklagede inn 8 tilbud.

- (10) Nico-Fisk AS (heretter kalt klager) var en av leverandørene som innga tilbud i konkurransen. Fra klagers tilbud hitsettes:

"Vi ønsker å legge inn et anbud på levering av fisk og fiskeprodukter til 11 kommuner i Finnmark og Troms. Nico-Fisk har avtale på levering av fiskeprodukter som gjelder i perioden 15.01.07 til 14.01.09 med opsjon på ett års forlengelse. Denne avtalen omfatter 9 kommuner. [...]"

[...]

Leveringsbetingelser: Levering av fersk fisk kan skje inntil 2 ganger pr. uke. Her tas det værforbehold. Vi bruker hurtigruta for sjøtransport og Nor-Cargo for utkjøring fra kai og ut til kunden. Frossen fisk pakkes i kartonger fra 5-25 kg, og leveres etter avtale. Det brukes samme transportører som for fersk fisk."

- (11) I tillegg til Nico-Fisk AS ga 3 øvrige leverandører inn tilbud på fisk og fiskeprodukter, Surf & Turf Fiskemat AS, ServiceNord Engros AS og Asko Nord AS. Fra Asko Nord AS' tilbud hitsettes:

"Vi viser til Deres utlysning av åpen anbudskonkurranse om levering av utvalgte grupper av matvarer ihht. Ovenstående kommuner i Finnmark og Troms. Vi viser til deres spesifikasjoner for de stedene som inngår i avtalen. Vi har som intensjon å besvare alle punkter i forespørselen som vil være av viktighet for utvelgelsen av avtaleparter, og som vil inneholde krav og forventninger til leverandør som bør bekreftes. De øvrige punkter som ikke er kommentert vil være å betrakte som akseptert som beskrevet i anbudsinnbydelsen."

[...]

Sortiment

I tillegg til besvarelse på de forespurte produkter er vår sortimentsbok for offentlig sektor vedlagt elektronisk. Vårt tilbud innbefatter således alle de produkter som forefinnes i boken."

- (12) Fra ASKO NORD AS' utfylte prisliste for "fisk/fiskeprodukter", fremgikk blant annet at selskapet ikke tilbødte fersk fisk. Fra Asko Nord AS' tilbud, hitsettes:

<i>"Vare</i>	<i>Enhet</i>	<i>Volum</i>	<i>Nettopris pr enhet</i>	<i>Beskrivelse</i>	<i>Kommentar/ leverandørnavn</i>	<i>Varenummer EPD</i>
<i>Ansjosfilet</i>	<i>kg</i>	<i>38</i>	<i>142,55</i>	<i>ANSJOSFILET 200G TORO</i>	<i>RIEBER & SØN FOOD SER</i>	<i>[...]</i>

<i>Boknafisk</i>	<i>kg</i>	<i>150</i>				
<i>Fiskeboller</i>	<i>kg</i>	<i>250</i>	<i>36, 71</i>	<i>MØREMAT FISKEBOLLER 5 KG</i>	<i>MØREMAT AS</i>	<i>[...]</i>
<i>Fiskeboller u/mel og melk</i>	<i>kg</i>	<i>26</i>				
<i>Fiskekaker</i>	<i>kg</i>	<i>400</i>	<i>37,84</i>	<i>FISKEKAKER 6x1 KG</i>	<i>MØREMAT AS</i>	<i>[...]</i>
<i>Fiskekaker u/mel og melk</i>	<i>kg</i>	<i>18</i>				
<i>Fiskepuddi ng</i>	<i>kg</i>	<i>196</i>	<i>34,32</i>	<i>FISKEPUDDING 6x800G</i>		<i>[...]</i>
<i>Fiskepuddi ng u/mel og melk</i>	<i>kg</i>	<i>18</i>				
<i>Hokifilet panert</i>	<i>kg</i>	<i>42</i>	<i>52,35</i>	<i>HOKIFILET SPRØBAKT 115G</i>	<i>NORSK POLAR AS</i>	<i>[...]</i>
<i>Hvalbiff</i>	<i>Kg</i>	<i>41</i>	<i>105,71</i>	<i>HVALBIFF 5x1 KG</i>	<i>NORSK POLAR AS S</i>	<i>[...]</i>
<i>Kryddersild filet</i>	<i>kg</i>	<i>38</i>	<i>39,82</i>	<i>KRYDDERSILDFILET THEL</i>	<i>UNIL AS D</i>	<i>[...]</i>
<i>Kveite skiver</i>	<i>i kg</i>	<i>80</i>				
<i>Kveite skiver, frossen</i>	<i>i kg</i>	<i>20</i>	<i>127,7</i>	<i>KVEITESKIVER</i>	<i>MØREMAT AS</i>	<i>[...]</i>
<i>Laks skiver, frossen</i>	<i>i kg</i>	<i>45</i>	<i>49,84</i>	<i>LAKSEKOTELETTE R F.PRICE</i>	<i>UNIL AS D</i>	<i>[...]</i>
<i>Laksefilet</i>	<i>kg</i>	<i>147</i>				
<i>Laksefilet med skinn og bein, frossen</i>	<i>kg</i>	<i>99</i>	<i>78,73</i>	<i>LAKSEFILET D- TRIM 104-107</i>	<i>NORSK POLAR AS S</i>	<i>[...]</i>
<i>Laksefilet</i>	<i>kg</i>	<i>36</i>	<i>116,69</i>	<i>LAKSEFILET</i>	<i>AUSTBØ EGIL N.</i>	<i>[...]</i>

<i>uten skinn og bein, frossen</i>				<i>SKINN/BEINFRI</i>	<i>AS</i>	
<i>Lutefisk av torsk, frossen</i>	<i>kg</i>	<i>31</i>	<i>53,41</i>	<i>LUTEFISK SINGELFROSSET</i>	<i>NORSK POLAR AS S</i>	<i>[...]</i>
<i>Pepperlaks varmrøkt, filet</i>	<i>kg</i>	<i>45</i>	<i>122,74</i>	<i>PEPPERLAKS VARMRØKT BIT</i>	<i>LOFOTPRODUKT AS</i>	<i>[...]</i>
<i>Reker i lake</i>	<i>kg</i>	<i>3</i>	<i>68,78</i>	<i>PILLEDE REKER I LAKE 400G</i>	<i>UNIL AS D</i>	<i>[...]</i>
<i>Reker pillede singelsfross en</i>	<i>kg</i>	<i>90</i>	<i>69,76</i>	<i>REKER U/SKALL SINGELFRYST</i>	<i>NORSK POLAR AS S</i>	<i>[...]</i>
<i>Røket laks i skiver</i>	<i>kg</i>	<i>451</i>	<i>109,64</i>	<i>LAKS EINERØKT SKIVET</i>		
<i>Røkt laks, hel</i>	<i>kg</i>	<i>42</i>	<i>77,38</i>	<i>RØKT LAKS 1/1 SIDE</i>	<i>UNIL AS D</i>	<i>[...]</i>
<i>Røkt torsk</i>	<i>kg</i>	<i>160</i>	<i>87,44</i>	<i>TORSK RØKT SERV. STK</i>	<i>NORSK POLAR AS S</i>	<i>[...]</i>
<i>Seifilet uten skinn</i>	<i>kg</i>	<i>208</i>				
<i>Seifilet uten skinn og bein, frossen</i>	<i>kg</i>	<i>24</i>	<i>31,21</i>	<i>SEIFILET UTEN SKINN & BEN</i>	<i>NORSK POLAR AS S</i>	<i>[...]</i>
<i>Seikarbona der</i>	<i>kg</i>	<i>180</i>	<i>41,6</i>	<i>SEIKARBONADER 500G FISKE</i>	<i>UNIL AS D</i>	<i>[...]</i>
<i>Spekelaks u/bein</i>	<i>kg</i>	<i>24</i>	<i>117,86</i>	<i>SPEKELAKS TØRRSALTET 300G</i>	<i>LOFOTPRODUKT AS</i>	
<i>Spekesildfil et, vakumpk</i>	<i>kg</i>	<i>12</i>	<i>37,06</i>	<i>SPEKESILDFILET CA300G</i>	<i>LOFOTPRODUKT AS</i>	
<i>Speket laks i skiver</i>	<i>kg</i>	<i>22</i>				
<i>Steinbitfilet frossen</i>	<i>kg</i>	<i>212</i>	<i>87,32</i>	<i>STEINBIT SERVERINGST 125G</i>	<i>NORSK POLAR AS S</i>	<i>[...]</i>

<i>Sursild</i>	<i>kg</i>	<i>46</i>	<i>39,6</i>	<i>SURSILD 1KG FIRST PRICE</i>	<i>UNIL AS D</i>	<i>[...]</i>
<i>Torsk panert</i>	<i>kg</i>	<i>105</i>	<i>67,71</i>	<i>SPRØBAKT TORSK 360G</i>	<i>FINDUS NORGE DAGLIGV</i>	<i>[...]</i>
<i>Torskefilet</i>	<i>kg</i>	<i>202</i>				
<i>Torskefilet, lettsaltet</i>	<i>kg</i>	<i>182</i>	<i>76,97</i>	<i>TORSK LETTSALTET SERV.STK</i>	<i>NORSK POLAR AS S</i>	<i>[...]</i>
<i>Torskefilet u/skinn og bein, frossen</i>	<i>kg</i>	<i>189</i>	<i>83,79</i>	<i>TORSKEFILET U/SK 450-900G</i>	<i>NORSK POLAR AS S</i>	<i>[...]</i>
<i>Torskeloins</i>	<i>kg</i>	<i>40</i>	<i>85,33</i>	<i>TORSKELOINS 100/130GR</i>	<i>NORSK POLAR AS</i>	<i>[...]</i>
<i>Torsketunger</i>	<i>kg</i>	<i>191</i>				
<i>Uerfilet</i>	<i>kg</i>	<i>33</i>				
<i>Uerfilet lettsaltet</i>	<i>kg</i>	<i>128"</i>				

- (13) Av evalueringsrapporten fra 24. februar 2009 under punktet "Fisk og fiskeprodukter" fremgikk det at:

"Alle leverandørene [innen fisk og fiskeprodukt] har bredt sortiment, men det er kun Surf & Turf og Nico-Fisk som leverer fersk fisk.

Både Surf & Turf og Nico-Fisk har to leveringer pr uke. Surf & Turf kan i tillegg levere lagervarer daglig, men har minimumskvanta på 40 kg for fraktfri levering til Vadsø og Nesseby (under 40 kg kommer fraktutgifter på kr 150,- i tillegg). Surf & Turf leverer anbrekk, mens frossen fisk hos Nico-Fisk leveres i 5-25 kg kartonger. Nico-Fisk bruker Hurtigruten/NorCargo som transportør.

[...]

Totalvurdering og tilrådning

Ikke alle kommunene deltar på alle varegruppene og tilrådingene vil til en viss grad måtte gis kommunevis. Kommunene Berlevåg, Karasjok, Kautekeino, Loppa, Alta,

Hammerfest, Sør-Varanger og Kåfjord deltar på alle varegrupper. For disse kommunene er tilrådingen å inngå avtale med Asko Nord for tørrvarer, frossen fisk og frosne grønnsaker. Begrunnelsen for dette er at denne leverandøren scorer best på alle tildelingskriteriene.

[...]

For fersk fisk er det for kommunene Porsanger, Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Loppa, Alta, Hammerfest og Kåfjord kun en anbyder,- Nico-Fisk. Siden det kun er en aktuell leverandør, blir det opp til hver enkelt kommune å ta stilling til om den ønsker å inngå avtale med Nico- Fisk. Kommunene Sør-Varanger, Nesseby og Vadsø har i tillegg fått anbud fra Surf & Turf Fiskemat og disse kommunene tilrådes å inngå avtale med Surf & Turf Fiskemat, da leveringsopplegget er bedre enn opplegget som tilbys fra Nico-Fisk.”

- (14) Klager ble meddelt om tildeling av kontrakt per brev 6. mars 2009. Fra brevet hitsettes
- ”Tilbakemelding i fbm. Anbudskonkurranse matvarer til kommuner i Finnmark og Troms.*

Det var to leverandører som leverte anbud på komplett sortiment innen fisk og fiskevarer. I tillegg til anbud fra Nico-fisk var dette Surf & Turf Fiskemat AS. Sistnevnte leverandør leverte anbud som gjaldt kommunene Vadsø, Nesseby og Sør-Varanger. For de øvrige kommunene var Nico-Fisk eneste anbyder.

Kommunene Vadsø, Nesseby og Sør-Varanger ønsker å inngå avtale med Surf & Turf Fiskemat. Prismessig var det tilnærmet likt mellom de to anbyderne, men Surf & Turf Fiskemat scoret bedre på tildelingskriteriet leveringsforhold. For de andre kommunene er det altså ikke oppnådd konkurranse og på denne bakgrunn vil disse kommunene ikke inngå avtale.

I fbm. Valg av leverandør til kommunene Vadsø, Nesseby og Sør-Varanger gis det klagefrist til fredag 13. mars.[...]”

- (15) Klager påklaget beslutningen om avlysning av konkurransen per brev 10. mars 2009. Fra brevet hitsettes:

”Jeg viser til [...] Deres brev til min klient. Det tas til etterretning at dette Surf & Turf Fiskemat AS hadde et fortrinn pga. ”leveringsforhold” som De uttrykker det. Hva menes med dette?

Imidlertid kan ikke min klient være fornøyd med den begrunnelse som er gitt for de andre kommunene,- hvor det uttrykkes at grunnen er ”ikke oppnådd konkurranse”. Dette er ingen begrunnelse min klient vil akseptere. Avslaget er ugyldig. Min klient

krever at det tas en ny avgjørelse hvor deres anbud legges til grunn. For øvrig tas ethvert forbehold fra min klients side."

- (16) Innklagede besvarte klagen per brev 13. mars 2009. Fra brevet hitsettes:

"Tildelingskriteriet leveringsforbehold er beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 8. Det er vektet med 40 % og er dermed et sentralt kriterium.

Valgt leverandør til kommunene Vadsø, Nesseby og Sør-Varanger tilbyr daglige leveringer med kort leveringsfrist. I anbudet fra Niko-Fisk tilbys det inntil 2 leveringer pr uke. Det er ikke angitt leveringstid. Nico-Fisk har tatt forbehold mot e-handel. Valgt leverandør har ikke dette forbeholdet.

Når det gjelder de øvrige kommunene er det altså ikke oppnådd konkurranse da det kun var Niko-Fisk som hadde levert anbud på de angjeldende produktene. Konkurransen avlyses med henvisning til forskrift for offentlige anskaffelser § 22-1 (1) som sier at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger en saklig grunn. Manglende konkurranse er saklig grunn og det kan i den sammenheng vises til KOFAs uttalelse i sak 2003/75 hvor KOFA uttaler følgende:

Hensynet til en effektiv konkurranse vil ofte være praktisk umulig å ivareta når kun en leverandør kvalifiserer seg. EF-domstolen har lagt til grunn at det i slike situasjoner ikke foreligger noen generell kontraheringsplikt, jf. domstolens sak C-27/98. Konsekvensen er således at mangelfull deltakelse kan være saklig grunn for å avlyse konkurransen.

Beslutningen om valg av leverandør for kommunene Vadsø, Nesseby og Sør-Varanger og om avlysningen av konkurransen for de øvrige kommuner opprettholdes."

- (17) Fra anskaffelsesprotokollen datert 20. april 2009 hitsettes:

"Tørrvarer mm, fisk

Leverandør: Asko Nord

Begrunnelse: Denne leverandøren tilbød laveste pris, best sortiment og beste leveringsforbehold.

Kontraktsverdi: ca. 9 mill pr. år

[...]

Fersk fisk (Vadsø, Nesseby og Sør-Varanger)

Leverandør: Surf & Turf fiskemat AS

Begrunnelse: Bedre leveringsforhold

Kontraktsverdi: ca. 500 000,- pr år"

(18) Klager brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser per brev 21. april 2009.

(19) I brev 11. mai 2009 til klagenemnda opplyste innklagede følgende:

"Kommunene Sør-Varanger, Nesseby og Vadsø har inngått kontrakt for komplett sortiment av fisk og fiskemat. Denne ble inngått 13.03.2009. Kommunene Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Porsanger, Loppa, Alta, Hammerfest, Sør-Varanger¹, og Kåffjord, som også deltok i anbudskonkurransen, oppnådde ikke konkurranse om leveranser av fersk fisk og valgte å avstå fra å inngå kontrakt for fersk fisk. De sistnevnte kommunene, med unntak av Porsanger, har inngått avtale med Asko Nord for leveranser av frossen fisk og fiskemat. Kontrakt med Asko Nord ble inngått 28.04.2009"

Anførsler:

Klagers anførsler:

(20) Innklagede har brutt regelverket ved å tildele kontrakt til en leverandør som ikke deltok i konkurransen. Innklagede nevner ikke Asko Nord AS i meddelelsesbrevet om tildeling av kontrakt 6. mars 2008. Av brevet fremgår tvert i mot at det kun var to tilbydere for fiskeleveranser, Surf & Turf Fiskemat AS og klager. Det fremgår altså ikke noe sted at Asko Nord AS kun innga tilbud på frossenfisk, men altså var anbyder ellers, slik innklagede nå påstår.

(21) Dersom Asko Nord AS må anses å ha deltatt i konkurransen, anføres subsidiært at tilstrekkelig konkurranse var oppnådd.

(22) Asko Nord AS hadde ikke anledning til å kun inngi tilbud på deler av konkurransen.

Innklagedes anførsler:

(23) Det er ikke problematisk at Asko Nord AS har levert inn tilbud i konkurransen så lenge dette skjer i henhold til anskaffelsesreglene og tilbudet for øvrig oppfyller de krav som fremgår av konkurransegrunnlaget.

(24) Klager anfører at det var tilstrekkelig konkurranse for komplett sortiment for varegruppen "fisk/fiskeprodukter". Asko Nord AS tilbudte imidlertid ikke fersk fisk. Når klager hevder Asko Nord AS har levert tilbud på mer enn selskapet faktisk har gjort, blir det vanskelig for innklagede å skjønne grunnlaget for klagen. Ettersom det kun var klager som innga tilbud på fersk fisk, ble konkurransen avlyst på grunn av manglende konkurranse for denne delen. For frossen fisk og fiskemat var det en bedre konkurransesituasjon med tre anbydere, og kommunene har inngått kontrakt med Asko Nord AS som hadde det prismessig mest gunstige tilbudet, og også fikk bedre uttelling på tildelingskriteriet leveringsforhold.

¹ Angivelsen av Sør-Varanger inn under oppramsingen er av innklagede angitt å være en skrivefeil, sml. også meddelelsesbrev av 6. mars 2009 hvor det fremgår at Sør-Varanger tok sikte på å inngå kontrakt med Surf & Turf AS for komplett fiskesortiment.

Leverandør: Surf & Turf fiskemat AS

Begrunnelse: Bedre leveringsforhold

Kontraktsverdi: ca. 500 000,- pr år"

(18) Klager brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser per brev 21. april 2009.

(19) I brev 11. mai 2009 til klagenemnda opplyste innklagede følgende:

"Kommunene Sør-Varanger, Nesseby og Vadsø har inngått kontrakt for komplett sortiment av fisk og fiskemat. Denne ble inngått 13.03.2009. Kommunene Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Porsanger, Loppa, Alta, Hammerfest, Sør-Varanger¹, og Kåffjord, som også deltok i anbudskonkurransen, oppnådde ikke konkurranse om leveranser av fersk fisk og valgte å avstå fra å inngå kontrakt for fersk fisk. De sistnevnte kommunene, med unntak av Porsanger, har inngått avtale med Asko Nord for leveranser av frossen fisk og fiskemat. Kontrakt med Asko Nord ble inngått 28.04.2009"

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Innklagede har brutt regelverket ved å tildele kontrakt til en leverandør som ikke deltok i konkurransen. Innklagede nevner ikke Asko Nord AS i meddelelsesbrevet om tildeling av kontrakt 6. mars 2008. Av brevet fremgår tvert i mot at det kun var to tilbydere for fiskeleveranser, Surf & Turf Fiskemat AS og klager. Det fremgår altså ikke noe sted at Asko Nord AS kun innga tilbud på frossenfisk, men altså var anbyder ellers, slik innklagede nå påstår.
- (21) Dersom Asko Nord AS må anses å ha deltatt i konkurransen, anføres subsidiært at tilstrekkelig konkurranse var oppnådd.
- (22) Asko Nord AS hadde ikke anledning til å kun inngi tilbud på deler av konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (23) Det er ikke problematisk at Asko Nord AS har levert inn tilbud i konkurransen så lenge dette skjer i henhold til anskaffelsesreglene og tilbudet for øvrig oppfyller de krav som fremgår av konkurransegrunnlaget.
- (24) Klager anfører at det var tilstrekkelig konkurranse for komplett sortiment for varegruppen "fisk/fiskeprodukter". Asko Nord AS tilbudte imidlertid ikke fersk fisk. Når klager hevder Asko Nord AS har levert tilbud på mer enn selskapet faktisk har gjort, blir det vanskelig for innklagede å skjønne grunnlaget for klagen. Ettersom det kun var klager som innga tilbud på fersk fisk, ble konkurransen avlyst på grunn av manglende konkurranse for denne delen. For frossen fisk og fiskemat var det en bedre konkurransesituasjon med tre anbydere, og kommunene har inngått kontrakt med Asko Nord AS som hadde det prismessig mest gunstige tilbudet, og også fikk bedre uttelling på tildelingskriteriet leveringsforhold.

¹ Angivelsen av Sør-Varanger inn under oppramsingen er av innklagede angitt å være en skrivefeil, sml. også meddelelsesbrev av 6. mars 2009 hvor det fremgår at Sør-Varanger tok sikte på å inngå kontrakt med Surf & Turf AS for komplett fiskesortiment.

- (25) Konkurransesgrunnlaget punkt 6.1. åpnet for å inngi tilbud på deler av leveransen. Innklagede hadde således anledning til å avlyse konkurransen for en del av varesortimentet og for en del av kommunene. Når en betrakter varegruppene nevnt i konkurransesgrunnlaget punkt 6.1, fremstår det ikke som urimelig at det åpnes for delleveranser. Det ville være urimelig å kreve at alle leverandørene skulle ha et varesortiment på alle de fem varegruppene. Ut i fra presiseringene gitt i konkurransesgrunnlaget, måtte tilbyderne forstå at det var mulig å inngi deltilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt innklagede har tildelt kontrakt til en tilbyder som ikke deltok i konkurransen

- (27) Klager har innledningsvis i klagen bestridt at Asko Nord AS deltok i konkurransen, og på dette grunnlag anført at innklagede har brutt regelverket ved å tildele kontrakt til en leverandør som ikke deltok i konkurransen.
- (28) Etter å ha gjennomgått sakens dokumenter, finner klagenemnda det klart at Asko Nord AS har deltatt i konkurransen. Det vises i denne sammenheng til Asko Nord AS' eget tilbud, anskaffelsesprotokollen under punktet "*Tørrvarer mm, fisk*", hvor det fremgår at Asko Nord AS ble tildelt kontrakt blant annet for fiskeleveranser, samt innklagedes evalueringsrapport av 24. februar 2009, hvor det fremgår at "*Det er fire leverandører som har gitt anbud på [fisk/fiskeprodukter]. Dette er Surf & Turf Fiskemat som tilbyr leveringer til Sør- Varanger, Vadsø og Nesseby, Nico-Fisk, ServiceNord Engros og Asko Nord.*" Det her gjennomgatte viser helt klart at Asko Nord AS deltok i anbudskonkurransen, selv om innklagede ikke nevnte denne leverandørens navn i meddelelsesbrevet av 6. mars 2009. Basert på dette kan klagers første anførsel ikke føre frem.

Hvorvidt det var anledning til å inngi et slikt deltilbud som Asko Nord AS har gjort for varegruppen "fisk/fiskeprodukter", eller om tilbudet skulle vært avvist

- (29) Det er på det rene at Asko Nord AS' tilbud på varegruppen "*fisk/fiskeprodukter*" for kommunene Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Loppa, Alta, Hammerfest og Kåfjord, omfattet samtlige etterspurte produktposter bortsett fra postene som gjaldt fersk fisk. Spørsmålet i det følgende blir derfor om innklagede kunne akseptere dette, eller om tilbudet skulle vært avvist.
- (30) Av forskriften § 20-13 (1) bokstav e fremgår det at et tilbud skal avvises dersom det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene. Spørsmålet blir i første omgang hvorvidt kravspesifikasjonene i foreliggende tilfelle må forstås slik at det var et minstekrav at leverandørene måtte tilby samtlige produktposter i varegruppen "*fisk/fiskeprodukter*", herunder produktpostene som gjaldt fersk fisk, ved inngivelse av tilbud på fisk.
- (31) I følge konkurransesgrunnlaget punkt 6.1, kunne tilbyderne i konkurransen inngi tilbud som kun gjaldt "*en eller flere av de nevnte varegruppene [i konkurransesgrunnlaget]*" og inngi "*anbud på en eller flere kommuner*". Konkurransesgrunnlaget åpnet således for at leverandørene kunne inngi tilbud i konkurransen begrenset til enkelte varegrupper

og enkelte kommuner. Motsetningsvis er det nærliggende å forstå konkurransegrunnlaget slik at leverandørene ikke hadde anledning til å inngi deltilbud innen den enkelte varegruppe, men måtte gi et komplett tilbud i henhold til de produkter som fremkom av prisutfyllingsskjemaet tilhørende hver varegruppe. Dette støttes også av punkt 1, *"Generelt"* i *"STANDARD KONTRAKSBESTEMMELSER"* vedlagt konkurransegrunnlaget hvor innklagede spesifiserer at *"Avtalen omfatter produkter som beskrevet i anbudsforespørselen"*. Etter klagenemndas oppfatning var det således ikke anledning til å inngi et begrenset (del-)tilbud innen varegruppen *"fisk/fiskeprodukter"*.

- (32) Idet Asko Nord AS' tilbud ut fra selskapets vedlagte prisskjema for varegruppen *"fisk/fiskeprodukter"* ikke inneholdt fersk fisk, foreligger det et avvik fra kravspesifikasjon i konkurransegrunnlaget.
- (33) Spørsmålet er så hvorvidt avviket må anses *"vesentlig"*. Ved vurderingen av om det foreligger et vesentlig avvik, må det ses hen til hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen, sml. blant annet klagenemndas sak 2009/115 (premiss 25) med videre henvisninger til klagenemndas praksis. Ved avvik fra minstekrav vil avviket som hovedregel måtte anses vesentlig.
- (34) Av innklagedes prisliste fremgår at fersk fisk utgjorde en betydelig del av innklagedes varesortiment (blant annet etterspurte innklagede kveite i skiver, laksefilet, torskefilet, torskefilet, lettsaltet, Uerfilet, og uerfilet, lettsaltet). Slik nemnda ser det kan det heller ikke utelukkes at hvem som må anses som potensielle leverandører i konkurransen, avhengiger av hvorvidt leverandøren også må tilby leveranse av fersk fisk. Dette innebærer at innklagedes unnlatelse av å fastholde kravet om leveranse av fersk fisk, vil kunne forrykke konkurransen. Nemnda har på denne bakgrunn kommet til at tilbudet fra Asko Nord AS inneholder et *"vesentlig forbehold"* mot kravspesifikasjonene når tilbudet ikke omfattet leveranse av de etterspurte produktpostene for fersk fisk. Tilbudet fra Asko Nord AS skulle således ha vært avvist for varegruppen *"fisk/fiskeprodukter"*, og innklagedes unnlatelse av å avvise tilbudet utgjør etter dette et brudd på forskriften § 20-13 (1) bokstav e.

Hvorvidt innklagede under henvisning til manglende konkurranse kunne avlyse konkurransen vedrørende fersk fisk for kommunene Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Porsanger, Loppa, Alta, Hammerfest og Kåfjord

- (35) Slik klagenemnda forstår det, har innklagede unnlatt å inngå kontrakt/i realiteten avlyst konkurransen, når det gjelder levering av fersk fisk til kommunene Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Porsanger, Loppa, Alta, Hammerfest og Kåfjord, jf. innklagedes brev av 6. mars og 11. mai 2009. Begrunnelsen for dette er at det kun var klager som hadde inngitt tilbud på leveranse av fersk fisk til disse kommunene. For kommunene Vadsø, Nesseby og Sør-Varanger har innklagede inngått kontrakt med Surf & Turf Fiskemat AS for komplett leveranse innen varegruppen fisk/fiskeprodukter. For kommunene Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Loppa, Alta, Hammerfest og Kåfjord har innklagede inngått kontrakt med Asko Nord AS for komplett leveranse innen varegruppen *"fisk/fiskeprodukter"*, bortsett fra leveranse av fersk fisk. Spørsmålet i det følgende blir således hvorvidt den avlysningen innklagede her har foretatt, avlysning av en del av konkurransen innen varegruppen fisk/fiskeprodukter, er i samsvar med anskaffelsesregelverket.

- (36) I følge forskriften § 22-1 kan oppdragsgiver avlyse konkurransen såfremt det foreligger *"saklig grunn"* for avlysning. Klagenemnda har i tidligere saker fastslått at det kan foreligge slik saklig grunn dersom det kun er ett tilbud i konkurransen, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/74 (premiss 31) med videre henvisning til klagenemndas praksis og EF-domstolens avgjørelse i sak C-27/98. Begrunnelsen er at *"hensynet til effektiv konkurranse vil ofte være praktisk umulig å ivareta når kun én leverandør kvalifiserer seg"*, sml. klagenemndas sak 2003/75 (premiss 31). Selv om dette i utgangspunktet gjelder avlysning av hele konkurransen, må det etter nemndas oppfatning også legges til grunn at oppdragsgiver kan avlyse kun for deler av konkurransen, dersom leverandørene kunne inngi selvstendige og separate tilbud på disse delene. I foreliggende sak vil dette innebære at innklagede hadde anledning til å avlyse konkurransen for enkelte kommuner eller varegrupper sin del dersom det for enkelte av disse ikke forelå tilstrekkelig konkurranse, jf. konkurransegrunnlaget punkt 6.1. Spørsmålet i det følgende blir imidlertid om innklagede også hadde anledning til å foreta en slik begrenset avlysning av konkurransen som innklagede har gjort ved å kun avlyse den delen av konkurransen som gjaldt leveranse av fersk fisk under varegruppen *"fisk/fiskeprodukter"*.
- (37) Hvorvidt det er adgang for delvis avlysning innenfor den enkelte varegruppe, fremgår ikke uttrykkelig av § 22-1. Praksis har imidlertid åpnet for at oppdragsgiver kan avlyse deler av konkurransen også i denne type tilfeller, jf. RG 1998, side 178, sml. klagenemndas sak 2003/57, sak 2007/77 (premiss 51) og sak 2008/209 (premiss 37). I RG 1998, side 178 uttalte retten at:
- "Når glass bare utgjør en bagatellmessig del av anbudet, og det er feil eller misforståelser knyttet til enkelte av anbudene, må kommunen ha anledning til å holde glass utenfor vurderingen av anbudene."*
- (38) Og fra klagenemndas sak 2008/209 (premiss 38) hitsettes:
- "Momenter ved vurderingen av om delvis avlysning er tillatt er om den delvise avlysningen fører til at konkurransen forrykkes, om potensielle leverandører forhindres i å delta i konkurransen, om det foreligger samtykke til den delvise avlysningen fra deltakende leverandører, om tilbudsprisene var gjort kjent for leverandørene og hvor stor del av anskaffelsen den delvise avlysningen representerer."*
- (39) Nemnda har ovenfor slått fast at fersk fisk må anses som en vesentlig del av leverandørenes tilbud innen varegruppen *"fisk/fiskeprodukter"*, jf. (premiss 34). Det kan heller ikke utelukkes at andre leverandører ville ha deltatt i konkurransen dersom de kjente til at leveranse av fersk fisk ikke var et ubetinget krav. At det faktisk var et ubetinget krav om leveranse av fersk fisk, kan etter nemndas oppfatning, også ha påvirket tilbudene til de leverandørene som innga tilbud på varegruppen *"fisk/fiskeprodukter"*. Nemnda legger etter dette til grunn at innklagede ikke hadde saklig grunn til å foreta en slik delavlysning av konkurransen for varegruppen fisk/fiskeprodukter som innklagede har gjort, jf. forskriften § 22-1. Innklagedes avlysning utgjør da et brudd på kravene til forutberegnelighet og konkurranse i loven § 5.

Konklusjon:

Kommunene Vadsø, Nesseby, Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Porsanger, Loppa, Alta, Hammerfest, Sør- Varanger og Kåfjord har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise Asko Nord AS tilbud for varegruppen *"fisk/fiskeprodukter"*.

Kommunene Berlevåg, Karasjok, Kautokeino, Loppa, Alta, Hammerfest og Kåfjord, har brutt kravene til konkurranse og forutberegnelighet i loven § 5 ved å foreta en delvis avlysning av konkurransen under varegruppen ”fisk/fiskeprodukter” uten at det var rettslig grunnlag for dette i forskriften § 22-1.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

14. desember 2009

Tone Kleven

