



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en konkurranse med forhandling vedrørende anskaffelse av cateringtjenester om bord på persontog. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forsyningsforskriften § 11-3 (1) ved å ikke gi klager tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 2. mai 2011 i sak 2010/160

Klager: LSG Sky Chefs Norge AS

Innklaget: NSB AS

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, krav til likebehandling, veiledningsplikt, tildelingsevaluering, begrunnelse

Bakgrunn:

- (1) NSB AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 14. august 2009 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av cateringtjenester om bord på persontog. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) antatt å være mer enn 250 millioner kroner for hele avtaleperioden, inkludert opsjon på forlengelse av avtalen.
- (2) Anskaffelsens formål var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 1.2. Her fremgikk blant annet følgende om innholdet i anskaffelsen:

"1.2.1 Leveranse av varer og tjenester

Leverandøren skal levere varer og tjenester til NSBs ombordprodukter. Vedlegg O inneholder en beskrivelse av disse.

Leverandøren kan i tillegg foreslå andre salgsfremmende løsninger.

Leveransen skal ivareta alle gjøremål i forbindelse med logistikk og innkjøp av varer og rekvisita. Herunder mottak av varer, lagerhold på base, pakking av varer til tog, distribusjon av varer til tog, lettere vedlikehold av automater, salgsoppgjør, verdibehandling, returbehandling, avfallshåndtering m.m.

Logistikken til NSB MENY Kafé og forhåndsbestilling drives i dag etter hovedprinsippet roll on og roll off. Det innebærer at alle varer pakkes i carts og rulles inn på toget ved avgang Oslo, og alle varer rulles ut av toget ved ankomst Oslo. I dag har leverandøren driftsbaser i Oslo, Skien og Trondheim.

1.2.2 Leveranse av serveringsoppgaver om bord

I tillegg til leveransen i pkt 2.1 ønsker NSB tilbud på serveringsoppgavene, jfr. Vedlegg S – Personell (Grunnplan). Dersom leverandør ikke ønsker å levere tilbud på

serveringsoppgavene, legges NSBs internkost for bemanning til grunn i evalueringen, jfr. Vedlegg B – Pris.

Serveringsoppgavene skal innbefatte kundebehandling, mottak av varer, plassering av varer om bord i tog, salg og tilberedning av mat, rydderenhold, salgsoppgjør, bestilling av rekvisita m.m.

NSBs personell utfører i dag serveringsoppgavene om bord i togene. Serveringsoppgavene i NSB MENY Kafé utføres både av konduktører og servicemedarbeidere. Serveringsoppgavene i NSB Meny Kafé utgjør i dag om lag 68 årsverk jfr. vedlegg S – Personell (Grunnplan).”

- (3) Tildelingskriteriene fremgikk i konkurransegrunnlaget punkt 6:

”6. Tildeling av kontrakt

6.1 Tildelingskriterier

Tildeling vil skje basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Følgende tildelingskriterier vil bli benyttet for å avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige:

1. Pris/kompensasjon – 65 %
2. Logistikk – 12,5 %
3. Mål og rapportering – 5 %
4. Miljøhensyn – 5 %
5. Matkunnskap/kundefokus – 12,5 %

I forbindelse med tilbud på leveranse av serveringsoppgaver om bord, evalueres denne leveransen i forhold til tildelingskriteriet Pris/kompensasjon. Dersom leverandør ikke ønsker å levere tilbud på serveringsoppgavene, legges NSBs internkost for bemanning til grunn i evalueringen.”

- (4) I Vedlegg A – Leveransebeskrivelse, var det i punkt 4 gitt en nærmere beskrivelse av hva som ville bli vurdert under de forskjellige tildelingskriteriene:

”4. Egenskaper og funksjoner ved løsningen (Tildelingskriterier)

I dette punkt angis hvilke egenskaper, funksjoner eller ytelser som det er ønskelig at leverandørens løsning skal omfatte. Tildeling vil skje basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Jfr. Konkurransegrunnlag Pkt 6.1 Tildelingskriterier.

4.1 Pris/kompensasjon

Det legges vekt på at Leverandøren er ansvarlig for alle økonomiske ressurser.

Leverandøren skal inngi pris jfr. Vedlegg B – Pris.

4.2 Logistikk

Det legges vekt på at Leverandørens tilbud på best mulig måte ivaretar basedrift, lokaler og logistikksystemer, samt sikrer best mulig vilkår på innkjøp av varer og tjenester.

4.2.1 Logistikksystem og basedrift

Det legges vekt på at Leverandøren har gode logistikksystemer, og effektiv basedrift innenfor det området tilbudet gjelder.

Leverandøren skal beskrive dette.

4.2.2 Lokaler

Leverandøren skal beskrive hvor de vil etablere base(r) for lager/logistikk og hvor leverandøren vil etablere sin administrasjon. Følgende skal oppgis per lokale:

- *Geografisk plassering*
- *Størrelser (M2)*
- *Eventuelt antall servicemedarbeidere det er plass til.*

Leiekostnader (kapitalkostnader/avskrivninger) og felleskostnader (drift av bygg) skal tilbys i tilbudet (vedlegg B – Pris) for alle lokaler som er nødvendig for oppfyllelse av Leverandørens forpliktelser iht. denne avtale, og vil bli dekket av NSB etter kost, uten påslag av noen art.

NSB har bygningsmessige arealer for basedrift som kan stilles til rådighet til selvkost for Leverandøren, se vedlegg R – Lokaler. Dersom Leverandør ønsker å benytte disse lokalene skal Leverandør beskrive eventuelle behov for oppgradering, sammen med Leverandørens kravspesifikasjoner, framdriftsplaner og budsjetter som skal legges til grunn for avtalen.

4.2.3 Innkjøpspriser

Det legges vekt på at leverandøren har best mulig innkjøpspriser innenfor de områder tilbudet gjelder.

Leverandør skal beskrive hvordan de sikrer best mulig innkjøpspriser.

4.3 Måling og rapportering

Det legges vekt på at Leverandøren systematisk og regelmessig måler og rapporterer salg, NSBs kunders tilfredshet og økonomiske nøkkeltall samt faktorer som påvirker disse innenfor de områder tilbudet gjelder.

Leverandøren skal beskrive løsninger og fremgangsmåte for dette.

4.4 Miljøhensyn

Det legges vekt på at Leverandøren ivaretar miljø innenfor de områder tilbudet gjelder.

Leverandøren skal beskrive hvordan Leverandøren vil forhindre skade eller ulempe for nærmiljøet og tiltak for energiøkonomisering og redusert bruk av ikke fornybare ressurser.

4.5 Matkunnskap og kundefokus

4.5.1 Kompetanse innenfor prissetting

Det legges vekt på at Leverandøren har kompetanse innen prisfastsettelse, samt hvilke metoder som benyttes til dette.

Leverandør skal beskrive dette.

4.5.2 Kategoristyringsprosess

Det legges vekt på at Leverandør har god kunnskap og innsikt innen kategoristyring.

Leverandøren skal synliggjøre hvilken kompetanse de har innen kategoristyring gjennom å beskrive en god kategoristyringsprosess, og hvordan denne gjennomføres.

Se vedlegg O pkt 3 for beskrivelse av dagens prosess.

Leverandøren skal beskrive hvordan dette skal ivaretas.

4.5.3 Sisteledsmarkedsføring

Det legges vekt på at leverandøren bidrar til salgsfremmende aktiviteter.

Leverandøren skal beskrive hvordan de skal bidra til dette."

- (5) Vedlegg B Pris/kompensasjon ga i punkt 2.1 opplysninger om omsetning for innklagedes cateringtjenester og kompensasjon til tjenesteyteren:

"2.1 Kompensasjon

Leverandør skal beregne en fast årlig kompensasjon fra Kunden jfr. pkt 3.1-3.6. Denne skal baseres på en omsetning på 80 MNOK.

Samtlige tilbydere vil bli evaluert på kompensasjon ved en omsetning på 80 MNOK.

Med omsetning menes alt salg i henhold til NSB MENY jfr. Vedlegg O.

2.2 Incentivordninger

Partene skal ha som målsetting å forbedre lønnsomheten gjennom effektivisering og økt omsetning.

Leverandøren skal tilby incentivordning for hele avtaleperioden. Incentivordningen skal gjelde all omsetning over 80 MNOK jfr. Pkt 2.1 og skal være basert på en prosentvis fordeling av denne økte omsetningen. Kunden skal tilbys den samme prosentsatsen for hele avtaleperioden.

Samtlige tilbydere vil bli evaluert på en incentivordning ved en omsetning på 100 MNOK.

Med omsetning menes salg i henhold til NSB MENY jfr. Vedlegg O."

- (6) I samme vedlegg punkt 3 fremgikk hvilke kostnadselementer som skulle dekkes av leverandørens kompensasjon. Ett av disse elementene var basedrift, som var beskrevet i punkt 3.1:

<i>Leveranse</i>	<i>Beskrivelse</i>	<i>Pris skal oppgis her</i>
<i>3.1 Basedrift</i>	<i>Med basedrift menes: Opplæring og ledelse av basedrift Operativt personell (lager og inn- og utlevering) Lagerlokaler for kjøll, sval, frys og tørrvarer Dersom leverandør skal benytte lokaler som NSB stiller til rådighet vil prisen i vedlegg R bli lagt til grunn i evalueringen. Inventar og utstyr Salgsterminaler* Bestilling av varer, mottak, pakking, lagring, transport til og fra tog</i>	

[...]"		
--------	--	--

- (7) Vedlegg O – Ombordprodukter, Meny og Kategoristyring inneholdt en beskrivelse av innklagedes konsepter, herunder NSB MENY Kafé og NSB MENY Automat. Det var også gitt opplysninger om menyene for disse konseptene. Til slutt inneholdt vedlegget en beskrivelse av dagens kategoristyringsprosess, og hvilke elementer som kunne inngå i en kategoristyringsprosess. Opplysningene om menyene var supplert i vedlegg P Produktsortiment og volumer, der innklagede hadde gitt opplysninger om hvor mye hvert produkt hadde solgt i 2008.

- (8) I vedlegg R – Lokaler, var det blant annet gitt følgende informasjon om muligheten for leverandørene til å leie lokaler av NSB:

"Leverandøren kan selv bruke egne lokaler for sin drift og administrasjon.

Leverandøren kan om ønskelig leie lokaliteter av NSB som fremleier lokaler fra Rom Eiendom AS, til like betingelser og priser. Lokalene vi kan fremleie ligger i Oslo og Skien.

Tegninger ligger vedlagt, som viser leielokaler i Skien og mulige lokaler i Lodalen i Oslo som er under prosjektering.

NSB vil selv bekoste og utføre nødvendig oppgradering av lokalene samt evt. Nybygging, som NSB stiller til rådighet/leie, for nevnte lokaler i Skien og Lodalen.

Tilbyderen må i sitt tilbud angi hvilke krav de setter til lokalene, slik at tilbyder kan kostnadsestimere byggetekniske evt. endringer.

Hvis Leverandøren disponerer NSBs servicepersonell, kan dette personalet, om Leverandøren ønsker det, bruke eksisterende oppholdsrom som i dagens situasjon. Disse lokalene er tilpasset dagens antall servicemedarbeidere (p.t 63 stk. NSB ansatte). Disse lokalene er lokalisert på Oslo S, Kristiansand, Stavanger, Bergen og Trondheim."

- (9) Innklagede avholdt tilbyder møte 12. oktober 2009. På møtet ble sentrale deler av konkurransegrunnlaget gjennomgått, og det ble svart på en del spørsmål fra tilbyderne. I referatet fremgår følgende om påfylling av varer:

"Påfylling av varer, hvor gjøres dette i dag? Hovedsakelig Oslo, Skien og Tr.heim, noe i Bergen og Kristiansand. Dette dekker dagens behov, det er opp til Leverandør å skissere andre løsninger."

- (10) Den 22. oktober 2009 tok innklagede klager med på befaring av tog. Befaringen ble gjennomført ved at klager og innklagede tok Bergensbanen fra Oslo til Hønefoss, og deretter tilbake til Oslo S.

- (11) Det ble videre avholdt et møte mellom klager og innklagede 29. oktober 2009, der blant annet logistikk for av- og pålasting av varer på togene ble gjennomgått.

- (12) Før tilbudsfristens utløp den 11. desember 2009, gjorde innklagede flere endringer i konkurransegrunnlaget. Tilbyderne ble varslet ved brev.

- (13) Ved brev 11. november 2009 ble Vedlegg R – Lokaler endret. Her fremgikk nå følgende om tilbydernes mulighet for å leie lokaler fra innklagede:

"Lokaler for leveranse av varer og tjenester jf punkt 4.2.2

Leverandøren skal selv sørge for lokaler for leveransen.

NSB kan imidlertid for avtaleperioden, tilby fremleie til markedspris av følgende lokaler:

- *Oslo S: ca 200-300 m2 lagerlokaler i umiddelbar tilknytning til sporene.*
- *[...]*

Dersom Leverandør ønsker å benytte disse lokalene, skal Leverandør selv bekoste eventuelle nødvendige oppgraderinger eller endringer.

Lokaler for servicemedarbeidere jf punkt 3.2.9

Leverandøren skal selv sørge for lokaler til servicemedarbeidere.

Hvis leverandøren disponerer NSBs servicemedarbeidere, kan imidlertid dette personalet, om Leverandøren ønsker det, bruke eksisterende oppholdsrom for disse servicemedarbeiderne.

Disse lokalene befinner seg på Oslo S og i Kristiansand, Stavanger, Bergen og Trondheim.

- (14) Videre ble det ved brev 27. november 2009 gjort endringer i Vedlegg B – Pris. Etter endringen fremgikk her følgende om omsetning for cateringtjenestene og kompensasjon til leverandøren:

"2.1 Kompensasjon

Leverandør skal beregne en fast årlig kompensasjon fra Kunden, og denne skal oppgis i pkt. 3.7.

2.2 Incentivordninger

Partene skal ha som målsetting å forbedre lønnsomheten gjennom effektivisering og økt omsetning.

Leverandøren skal tilby incentivordning for hele avtaleperioden jf. pkt 3.8. Incentivordningen skal gjelde all omsetning over 70 MNOK og skal være basert på en prosentvis fordeling av den økte omsetningen. Kunden skal tilbys den samme prosentsatsen for hele avtaleperioden.*

Samtlige tilbydere vil bli evaluert på en incentivordning ved en omsetning på 100 MNOK."

- (15) Frist for å levere tilbud i konkurransen var opprinnelig 13. november 2009. Fristen ble imidlertid forlenget flere ganger, siste gang til 11. desember 2009. Som følge av fristforlengelsen ble også datoen for planlagt kontraktssignering endret fra senest 1. januar 2010 til senest 15. februar 2010.
- (16) Innen utløpet av tilbudsfristen, mottok innklagede tilbud fra to leverandører, LSG Sky Chefs Norge AS (heretter kalt klager) og Rail Gourmet Togservice Norge AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (17) Innklagede avholdt forhandlingsmøter med klager 20. januar 2010, 22. januar 2010 og 27. januar 2010. Referat fra forhandlingsmøtene er fremlagt for klagenemnda. På bakgrunn av forhandlingene mellom innklagede og klager, ble det utarbeidet et dokument kalt vedlegg L til kontraktstilkastet. Dette dokumentet inneholdt en beskrivelse av samhandling mellom kontraktspartene i forbindelse med kategoristyring og konsept.

(18) Innklagede avholdt forhandlingsmøter med valgte leverandør 8. januar 2010, 28. januar 2010 og 1. februar 2010. Referat fra forhandlingsmøtene er fremlagt for klagenemnda.

(19) I innklagedes dokument "Oppsummering av forhandlinger med Rail Gourmet Togservice AS" fremgikk følgende:

"Det ble gjennomført avklaringsmøte/forhandling med RGT 8. januar 2010. (Se egen protokoll)

RGT fikk 19. januar beskjed pr. telefon av [...] om at pris måtte betydelig ned for at NSB ønsket å forhandle videre.

RGT presenterte revidert tilbud 21. januar 2010.

NSB mottok 22. januar 2010 revidert tilbud.

Møte med forhandling 28. Januar 2010 (Se egen protokoll)

Møte med forhandling 01. Februar 2010 (Se egen protokoll)

Øvrige forhandlinger i perioden 2. Februar – 4. Februar:

- Mail fra RGT 02.02.10 – Lønnsøkning på direkte lønn for personalet ved en misforståelse kommet med to ganger. Det betyr at den faste årlige kompensasjonen kan reduseres med 175.000 per år*
- Mail fra RGT 025.02.10 – Vedlagt følger oppdatert tilbud fra oss med nytt vedlegg B som tar hensyn til at avfallshåndtering er tatt ut og prisen justert for feil i direkte lønnsvekst for personalet.*
- Mail fra RGT 04.02.10 – KOMFORT – Justert pris pr kopp varmdrikk inkl. rekvisita = 2,03,- Vedlegg B justert årlig kompensasjon.*

(20) I e-post fra innklagede til samtlige leverandører 4. februar 2010 fremgikk følgende endring/presisering av konkurransegrunnlaget:

"NSB har besluttet at det skal være felles standard på mål for varmdriksbeger og har besluttet følgende:

- Varmdriksbeger NSB MENY Kafe skal være av størrelsen 0.20 cl (vanlig kopp kaffe) og 0,35 cl (stor kaffe)*
- Varmdriksbeger NSB MENY Automat og NSB KOMFORT skal være av størrelsen 0,20 cl".*

(21) Frist for tilbyderne til å komme med revidert tilbud basert på denne endringen var 5. februar 2010 kl. 12.00.

(22) Innklagede informerte klager om valg av leverandør ved brev 8. februar 2010. I meddelelsesbrevet gav innklagede følgende begrunnelse for valg av leverandør:

"Etter å ha vurdert samtlige kvalifiserte tilbydere etter oppgitte tildelingskriterier, kan vi meddele at vi har som intensjon å tildele kontrakten til Rail Gourmet Togservice Norge AS med følgende begrunnelse:

Basert på tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, er tilbudet fra Rail Gourmet Togservice Norge AS det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Denne leverandøren fikk 100 poeng og LSG Sky Chefs Norge AS fikk 94 poeng. Avgjørelsen er i dag meddelt alle deltagerne i konkurransen. Deres tilbud er imidlertid fortsatt gyldig frem til vedståelsesfristen utløper."

- (23) Frist for å klage på tildelingsbeslutningen var i meddelelsesbrevet satt til 23. februar 2010.
- (24) Klager mottok deretter en nærmere begrunnelse datert 11. februar 2010:

"1. Innledning

Vi viser til Deres mail av 08.02.10 der De ber om en nærmere begrunnelse for NSBs valg av leverandør for varer og tjenester på cateringområdet.

Basert på tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, er tilbudet fra Rail Gourmet Togservice Norge AS vurdert til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, med følgende vurderinger:

2. Pris

Rail Gourmet Togservice Norge AS hadde lavest pris.

3. Logistikksystem og basedrift

RGTs tilbud er vurdert høyere enn LSGs på tildelingskriteriet "logistikk og basedrift" med følgende begrunnelse:

- RGT beskriver detaljert hvordan de benytter sine IT-systemer for salg om bord, innkjøp, lagerstyring, beholdningsplanlegging og beholdningskontroll i forbindelse med varer som skal ut til tog. RGT beskriver videre detaljert hvordan logistikken fungerer ved alle baser for avtalen jf vareleveranse fra underleverandører, service og vedlikehold av automater, transport til tog og retur fra tog.*
- LSG beskriver i liten grad hvordan man benytter egne IT-systemer jf beholdningskontroll, innkjøp, lagerstyring og hvordan logistikken til og fra baser/tog skal være.*

4. Lokaler

RGTs tilbud er vurdert høyere enn LSGs på tildelingskriteriet "lokaler" med følgende begrunnelse:

- RGT beskriver i sitt tilbud detaljert hvilke lokaler de skal benytte og hva de enkelte baser skal ivareta i forbindelse med avtalen. De beskriver hvilke baser som skal ivareta NSB MENY Kafé, NSB MENY Automat, Forhåndsbestilling og leveranser til NSB KOMFORT. Det er i tilbudet beskrevet antall kjøretøy og transport til og fra tog. RGT har en god løsning med lokaler i kort avstand til sporene/togene som er vurdert til å fungere mer optimalt i henhold til endringer, forsinkelser og avvik i togdriften.*
- Tilbudet fra LSG beskriver i liten grad hvordan lokaler skal benyttes. Det oppgis i tilbudet samordning av lokaler med Trafikkservice AS uten at det er oppgitt hva den enkelte base skal ivareta og hvordan leveransene til og fra basene skal foregå. LSG har i tilbudet basert basedriften på Gardermoen og omlasting ved bufferlager på Oslo S. (Oslo S/Spor 19 og Gardermoen).*

RGTs tilbud er vurdert å være bedre på lokaler.

5. Kategoristyring

RGTs tilbud er vurdert høyere enn LSG på tildelingskriteriet "kategoristyring" med følgende begrunnelse:

- RGTs tilbud viser en sterk overordnet forståelse av hvordan de forskjellige elementene i markedsmiksen påvirker hverandre ved gjennomføringen, og hvordan RGT selv skal påvirke disse elementene ved gjennomføring av tjenestene for å øke salg og kundetilfredshet. RGT viser i tilbudet hvordan produkt, pris, plassering, salg og sisteleddsaktiviteter spiller inn på og påvirker hverandre. RGT beskriver i sitt tilbud svært grundige prosesser for systematisk og regelmessig markedsovervåkning, eksempelvis gjennom detaljerte rapporter og analyser som beskrives i situasjonsanalysen. LSG beskriver i sitt tilbud konkrete tiltak knyttet til matkunnskap blant annet ved at det etableres et produktråd med høy matfaglig kompetanse og erfaring.
- LSG er lite konkrete i å beskrive hvordan kategoristyring skal ivaretas. Det er derfor vanskelig å fange opp den røde tråden/den helhetlige forståelsen i LSGs tilbud av hvordan styrke identiteten til NSB MENY i tilbudet fra LSG, og tilbudet synliggjør ikke forståelse av dette i like stor grad som RGT.

6. Sisteledsmarkedsføring

RGTs tilbud er vurdert høyere enn LSGs på tildelingskriteriet "sisteledsmarkedsføring" med følgende begrunnelse:

- RGT beskriver i sitt tilbud en rekke sisteleddsaktiviteter: Utvikling av menyer ut fra selgende teknikker utviklet for Umoe, basert på øyets bevegelsesmønster, selgende høytaler annonsering, konkrete forslag til kampanjer og aktiviteter i samarbeid med leverandører (blant annet produktlanseringer og events om bord), co-branding for å styrke NSB MENYs identitet, (eksemplifisert med miljø som felles budskap), forskjellige former for sampling, kampanjer i samarbeid med andre ombordprodukter som NSB INTERAKTIV, alternative kanaler for salg om bord som "digital signage" og foliering med selgende budskap på bord, og metodisk tilnærming til vareplassering.

RGTs tilbud inneholder videre detaljerte beskrivelser av hvordan markedsføringsmateriellet skal benyttes. RGT har derfor blitt evaluert høyt på sisteledsmarkedsføring.

- LSGs tilbud beskriver i liten grad hvordan de skal bidra til salgsfremmende aktiviteter/sisteledsmarkedsføring."
- (25) Sammen med den nærmere begrunnelsen fikk klager oversendt en oversikt over innklagedes poenggivning ved evalueringen av tilbudene.
- (26) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev til innklagede datert 23. februar 2010. Innklagede avslo klagen ved brev 2. mars 2010.
- (27) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 12. mai 2010. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 2. mars 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (28) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget. Dette har skjedd både før og etter tilbudsfristens utløp. Innklagede har for det første gjort endringer når det gjelder hvilke lokaler som var tilgjengelige for tilbyderne. Det er også gjort endringer med hensyn til hvilke

omsetningstall leverandørene skulle legge til grunn. Det var opprinnelig opplyst at omsetningen var 80 millioner kroner per år, men dette ble senere regulert ned til 70 millioner kroner per år. Innklagede tok også inn ytterligere geografiske lastepunkter for NSB Comfort i konkurransegrunnlaget. I tillegg ble det gjort endringer i kravet til tilbud om varm drikke. Det ble opplyst at en normal kopp skulle ha mindre størrelse enn tidligere oppgitt. I tillegg skulle det innføres en ny og større kopp til høyere pris. Denne endringen er svært vesentlig, da varm drikke er et av produktene med høyest margin, og utgjør hele 12 millioner av en omsetning på 70 millioner.

- (29) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å utsette tidspunktet for tildeling av kontrakt. Tildeling skulle opprinnelig skje 29. desember 2009, noe som ville gitt tilbyderne fem måneder til å forberede seg til å påbegynne leveransen. Tildeling skjedde imidlertid ikke før 5. februar 2010, noe som ga tilbyderne mindre enn fire måneder til å forberede seg til å påbegynne leveransen. En kortere frist for oppstart av leveransen ville være sterkt fordyrende for alle andre enn eksisterende leverandør.
- (30) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å avholde flere forhandlingsmøter med valgte leverandør enn med klager, og ved at tre av forhandlingsmøtene med valgte leverandør skjedde etter det siste forhandlingsmøtet med klager. To forhandlingsmøter fant også sted etter at klager måtte levere endelig tilbud. Innklagede har på denne måten gitt valgte leverandør bedre muligheter enn klager til å presisere sitt tilbud.
- (31) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å ikke gi klager tilstrekkelig informasjon om erfaringstall og økonomi til å utjevne eksisterende leverandørs konkurransefordel. Klager fikk ikke innsyn i faktiske erfaringstall vedrørende omsetning for tjenesten, selv om klager ba om dette. Klager måtte derfor innkalkulere en høyere risiko i sitt tilbud enn valgte leverandør. Som eksisterende leverandør hadde dette selskapet kjennskap til omsetningstallene.
- (32) Innklagede skulle også gitt klager mer informasjon om system og basedrift og lokaler. Det fremgår av innklagedes begrunnelse for valg av leverandør at klager i liten grad har beskrevet disse forholdene. Klager har derfor scoret dårligere på disse punktene enn valgte leverandør. Etter klagers mening, hadde innklagede ikke gitt tilstrekkelige opplysninger i konkurransegrunnlaget til at klager kunne gi mer utfyllende beskrivelser av system og basedrift og lokaler. Underveis i prosessen endret også innklagede hvilke lokaler oppdragsgiver kunne bidra med.
- (33) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å gi mer konkrete tilbakemeldinger til valgte leverandør enn klager ved gjennomføringen av forhandlingene. Det fremgår av innklagedes oppsummering av forhandlingene med valgte leverandør, at valgte leverandør i stor grad er blitt styrt av innklagede når det gjelder pris. Klager har ikke fått tilsvarende tilbakemelding, verken på pris eller andre punkter der klager scorer dårligere enn valgte leverandør.
- (34) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke ivareta sin veiledningsplikt under forhandlingene med klager. Innklagede har ved tildelingsevalueringen vektlagt sisteleddsmarkedsføring som et eget punkt. Klager hadde sitt tilbud en rekke forslag til hvordan man kunne øke salget, herunder innføring av nye sortiment med ferske varer, fornyelse av engangsmaterialet, og økt fokus på forhåndsbestilling. Når det gjelder forhåndsbestilling, kunne klager vise til gode erfaringer fra Sverige. Under forhandlingene fikk klager opplyst at innklagede eide konseptet NSB Meny, og at klagers forslag til markedsføring ikke var en del av konkurransen. Det ble opplyst at konseptelementer som nye menyer og forhåndsbestilling ikke ville bli en del av

tildelingsgrunnlaget. Likevel har innklagede lagt vekt på dette ved evalueringen av tilbudene. Dette er i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5.

- (35) Innklagede har brutt regelverket ved å gi valgte leverandørs tilbud bedre poengsum enn klagers tilbud på underkriteriet "*Kategoristyringsprosess*". Klager ga i forhandlingene en utførlig beskrivelse av hvordan klager ville arbeide med kategoristyring. På spørsmål fra klager, opplyste innklagede å være fornøyd med redegjørelsen. Etter gjennomgang av valgte leverandørs tilbud, kan klager ikke se noen grunn til at valgte leverandør skulle få høyere score på dette kriteriet enn klager. Eksempelene på kategoristyring og prissetting som trekkes frem i valgte leverandørs tilbud er typiske lærebokseksempler, uten konkret verdi for gjennomføringen av kontrakten.
- (36) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av pris. Klager har i sitt tilbud påpekt at dagens prisnivå er for høyt, og at klager derfor har ambisjoner om å redusere prisene, samtidig som det innføres mer ferskvarer. Valgte leverandør vil i stede høyne prisene på ferskvarer. Dette er begrunnet med at NSB Kafé er et "*captive market*". Klager har på den annen side påpekt at mange passasjerer har med seg mat om bord. Innklagede har ikke tatt hensyn til dette ved vurderingen.
- (37) Innklagede har ikke gitt tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør. Klager reagerer på at begrunnelsen for evalueringen ikke følger de kriterier som er angitt i konkurransegrunnlaget, noe som gjør det vanskelig å forstå om innklagede har fulgt den vektningen som konkurransegrunnlaget forutsetter.
- (38) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (39) Innklagede har ikke gjort vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget under gjennomføringen av konkurransen. Opplysninger som fremgikk underveis i prosessen gjorde det nødvendig å korrigere konkurransegrunnlaget for å sikre forutberegnelighet og likebehandling. Formålet med endringene var i stor grad å utjevne konkurransefordelen valgte leverandør hadde, da dette selskapet også var eksisterende leverandør.
- (40) Innklagede endret konkurransegrunnlaget med hensyn til hvilke lokaler innklagede kunne stille til rådighet for tilbyderne ved brev 11. november 2009. I det opprinnelige konkurransegrunnlaget var leverandørene gitt mulighet til å leie produksjonslokaler i Oslo fra innklagede. Innklagede oppdaget imidlertid at de aktuelle lokalene ville ha behov for omfattende investeringer fra innklagede for at de skulle kunne benyttes til formålet. Innklagede mente derfor det kunne bli vanskelig å sammenligne tilbudene i konkurransen, dersom bare noen av leverandørene ønsket en slik løsning. I tillegg var det usikkert om lokalene kunne ferdigstilles til kontraktsstart 1. juni 2010. I dialog med tilbyderne ble det også klart at ingen av disse hadde behov for å leie produksjonslokaler av innklagede. Muligheten til dette ble derfor tatt ut av konkurransegrunnlaget. For å sikre effektiv logistikk til togene, ble det lagt inn en mulighet for å bruke lokaler under Oslo S til mellomlagring av produkter. Denne muligheten ble lagt inn blant annet etter ønske fra klager. For å gi leverandørene mulighet til å ta hensyn til endringen, utsatte innklagede tilbudsfristen i konkurransen.
- (41) Innklagede endret også opplysningene om omsetningstall i konkurransegrunnlaget fra 80 millioner kroner til 70 millioner kroner. Endringen skyldtes at de opprinnelige

omsetningstallene også inneholdt kostnader til NSB KOMFORT, samt presiseringer av volumtall oppgitt i konkurransegrunnlaget vedlegg P. Innklagede ba på grunn av dette om at tilbyderne skulle basere sine tilbud på volum og ikke omsetningstall. Hensikten med presiseringene var at tilbyderne skulle ha et mest mulig riktig grunnlag for utarbeidelsen av sine tilbud.

- (42) Innklagede har ikke gjort endringer i konkurransegrunnlaget når det gjelder geografiske lastepunkter. Lokasjonene for lasting og lossing av varer til togene var ikke spesifisert i det opprinnelige konkurransegrunnlaget. Det var forutsatt at konkretiseringen av lastepunktene skulle bygge på de enkelte tilbydernes logistikk, tilgjengelige baser og lokaler, og eventuelt være et tema i forhandlingene. Dette var formidlet til klagerne i felles tilbydermøte 12. oktober 2009. Lastepunktene var en del av evalueringen av tilbudene.
- (43) Klager påstår at innklagede har endret konkurransegrunnlaget ved å gjøre standard koppstørrelse mindre og i tillegg innføre en ny og større kopp for varmdrikker. Innklagede antar at klager med "*normalkopp*" mener koppene i NSB Kafé. Her har innklagede hele tiden operert med to koppstørrelser, 0,20 liter og 0,35 liter. På NSB KOMFORT ble det gjennomført en liten endring vedrørende koppstørrelsen. Her benyttet man tidligere en koppstørrelse på 0,25 liter. For å få samme størrelse på koppene her som på NSB MENY, og slik forenkle logistikken for leverandørene, ble størrelsen redusert til 0,20 liter. Innklagede antar også at mindre kopp medfører lavere kaffeforbruk på NSB KOMFORT, og dermed lavere utgifter til kaffe for leverandøren. Klagers påstand om at endringen tvang klager til å øke sin pris betydelig, er således ikke riktig.
- (44) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å tildele kontrakt senere enn planlagt. Forsinkelsen skyldtes nødvendige utsettelse av tilbudsfristen. Innklagede ønsket at tilbyderne skulle få tilstrekkelig tid til å gjøre nødvendige justeringer i sine tilbud som følge av oppdatert informasjon om forutsetningene for leveransen. Innklagede hadde også tett dialog med tilbyderne i forbindelse med fremdrift og hvilken forlengelse av fristene leverandørene hadde behov for. Tiden som gjensto fra tildelingen og frem til oppstart var tilstrekkelig. Klager ga på telefon uttrykk for at selskapet kunne være klart til å starte gjennomføringen av kontrakten på to til tre måneder.
- (45) Innklagede har ikke avholdt flere forhandlingsmøter med valgte leverandør enn med klager. Innklagede avholdt fire forhandlingsmøter med klager, og tre forhandlingsmøter med valgte leverandør. For øvrig er antall forhandlingsmøter irrelevant i denne saken, fordi forhandlingene delvis foregikk på telefon og e-post. Når det gjelder frist for levering av endelig tilbud var den samme for begge tilbydere, 5. februar 2010, klokken 12.00. Det ble ikke forhandlet videre med noen av tilbyderne etter denne fristen.
- (46) Klagers påstand om at innklagede ikke har gitt klager tiltrekkelig informasjon om erfaringstall, system og basedrift og lokaler til å utjevne eksisterende leverandørs konkurransefordel, medfører ikke riktighet. Innklagede har under gjennomføringen av konkurransen gjennomgått en rekke forhold spesielt for at klager skulle forstå innklagede som kunde, herunder innklagedes virksomhet og produkter. Innklagede har også besvart klagers spørsmål om dagens leveranse og andre forhold som var relevante for konkurransen, etter beste evne. Klagers påstand om at selskapet ikke fikk innsyn i faktiske erfaringstall, og at innklagede ikke kunne garantere for tallene, er misvisende. Innklagede arbeidet løpende med kvalitetssikring av erfaringstallene, også etter at konkurransegrunnlaget var sendt ut. Ny informasjon ble umiddelbart brakt til tilbydernes kjennskap, jf. for eksempel endringsbrev nr. 4.

- (47) Når det gjelder underkriteriene "*Lokaler*" og "*Logistikkssystem og basedrift*", kan innklagede ikke se at eventuell manglende kunnskap om innklagedes virksomhet har hatt betydning for evalueringen. Vedrørende "*Lokaler*", hadde klager ikke beskrevet hvilke oppgaver ved cateringdriften de enkelte baser skulle ivareta. Klager har kun henvist til at Trafikkservice AS' lokaler skulle benyttes, uten å beskrive beliggenhet i forhold til spor og transport til og fra plattform. Dette medførte større usikkerhet omkring klagers tilbud enn valgte leverandørs tilbud på disse punktene.
- (48) Også under tildelingskriteriet "*Logistikkssystem og basedrift*" mangler klagers tilbud detaljering på viktige områder. Vedrørende avvik, uforutsette omstendigheter og lignende manglet klager en detaljert beskrivelse av hvordan basene ville organiseres og hvilke varer som ville bli lagret i hvilke lokaler. Klager har heller ikke beskrevet hvordan styring av logistikk og vareflyt ved bruk av IT-verktøy skulle skje.
- (49) I forhandlingene utfordret innklagede klager konkret på punktene der innklagede mente at klagers tilbud hadde forbedringspotensial. Når det gjelder de nevnte punktene, kan innklagede ikke se at kunnskap om eksisterende leveranse er avgjørende for evnen til å gi en god beskrivelse av leveransen.
- (50) Innklagede har ikke gitt valgte leverandør mer konkrete tilbakemeldinger enn klager vedrørende tilbudsprisen. Ved telefonsamtale 19. januar 2010 ga innklagede valgte leverandør beskjed om at pris var en utfordring, og måtte justeres betydelig før det var aktuelt å forhandle med dem. Etter innklagedes mening, følger det av kravet til god forretningsskikk at oppdragsgiver skal gi slike tilbakemeldinger om vesentlige utfordringer ved tilbudet. Ut over uttrykket "*betydelig*" ble det ikke gitt noen indikasjoner på hvor mye valgte leverandør måtte justere prisen. Det er heller ikke gitt opplysninger om dette senere i forhandlingene. For øvrig viser innklagede til at det er normalt i forhandlinger at tilbakemeldingene til tilbyderne varierer på bakgrunn av forskjeller i tilbudene. Klager har flere ganger fått spørsmål knyttet til elementer innklagede mente var mangelfullt beskrevet i klagers tilbud. Dette burde etter innklagedes mening gitt klager gode og klare indikasjoner på hvor innklagede mente klagers tilbud hadde størst forbedringspotensial. Dette gjaldt også prisforhold.
- (51) Innklagede har ikke brutt sin veiledningsplikt overfor klager når det gjelder sisteleddsmarkedsføring. "*Sisteleddsmarkedsføring*" var et underkriterium under tildelingskriteriet "*Matkunnskap og Kundefokus*". Det ble under forhandlingene med klager presisert at dette punktet gjaldt markedsføringsaktiviteter som skulle fremme salg direkte mot kunder om bord i toget. Klager ser i sitt tilbud ut til å ha blandet sammen slik markedsføring med konseptutvikling, som ikke var en del av konkurransen. I tilbudet beskriver klager i liten grad forhold som gjelder markedsføring som skal fremme salg om bord, noe som gjør det vanskelig å vurdere hva klager faktisk leverer på dette punkt. Forhold i klagers tilbud som gjelder konseptendringer er ikke blitt evaluert.
- (52) Det er ikke i strid med regelverket at innklagede ga klagers tilbud dårligere poengsum enn valgte leverandørs tilbud på underkriteriet "*Kategoristyringsprosess*". Ved evaluering av de opprinnelige tilbudene fikk klager lav score på dette underkriteriet. Etter veiledning fra innklagede i forhandlingene, fikk imidlertid klager betydelig høyere score. Innklagedes bekreftelse under forhandlingene uttrykte at klager så ut til å ha forstått innholdet i kriteriet "*Kategoristyringsprosess*". Innklagede måtte likevel evaluere besvarelsen opp mot tilsvarende besvarelse i konkurrerende tilbud. Innklagede hadde som oppdragsgiver ikke plikt til å informere klager om når selskapets tilbud var like godt eller bedre enn konkurrerende tilbud. Klager ble flere ganger under

forhandlingene bedt om å beskrive sin kategoristyringsprosess nærmere uten at dette ble gjort. Valgte leverandør beskriver på den annen side grundig en etablert og god tilbudt kompetanse på dette punkt, og hvordan valgte leverandør gjennomfører prosessen på dette området. Klagers tilbud beskriver kun kort en fremtidig kompetanse som klager skulle innhente. Etter innklagedes mening er det derfor betydelig kvalitetsforskjell på tilbudene på dette punkt. Innklagede kan ikke se at det er relevant hvorvidt eksemplene innklagede har benyttet i sitt tilbud er å anse som "lærebokeksempler".

- (53) Innklagede har ikke brutt regelverket ved evalueringen av tilbydernes prissetting. Tilbudene er evaluert på bakgrunn av tilbudt kompetanse og beskrevne metoder for prissetting ved gjennomføring av cateringtjenestene, ikke utsalgsprisene i seg selv. De faktiske utsalgsprisene er dynamiske gjennom avtaleperioden, og fastsettes i utgangspunktet av leverandøren selv. Innklagede har tatt hensyn til relevante momenter ved vurderingen av prisfastsettelse.
- (54) Klagers anførsel vedrørende begrunnelsen for evalueringen fremstår for innklagede som uklar. Innklagede vil presisere at evalueringen utelukkende er gjort på bakgrunn av kriteriene oppgitt i konkurransegrunnlaget. Innklagede kan heller ikke se at det skulle være vanskelig å forstå innklagedes vektning av kriteriene.
- (55) Det er ikke grunnlag for krav på erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (56) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen er i kunngjøringen opplyst å være en uprioritert tjeneste i kategori 27. I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 har innklagede opplyst at anskaffelsen etter sin verdi omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøp i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) del I og del II.

Endring av konkurransegrunnlaget

- (57) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å foreta fire vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget.
- (58) Oppdragsgiver har innen utløpet av tilbudsfristen adgang til å foreta rettelser, suppleringer og endringer i konkurransegrunnlaget. Det følger imidlertid av kravet til likebehandling i loven § 5 at slike endringer ikke kan være vesentlige. Begrunnelsen for dette er at vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget kan medføre endringer når det gjelder hvilke leverandører som kan eller ønsker å delta i konkurransen. Således vil for eksempel en endring som gjør leverandørens situasjon enklere, og som kunne ha medført at flere hadde meldt seg på konkurransen fra starten av, lett bli å anse som vesentlig.
- (59) Klager har for det første anført at innklagede har foretatt vesentlige endringer når det gjaldt hvilke lokaler som var tilgjengelige for tilbyderne.
- (60) Det er på det rene at innklagede har gjort endringer i konkurransegrunnlaget med hensyn til utleie av lokaler til tilbyderne. I det opprinnelige konkurransegrunnlaget, Vedlegg R – Lokaler, fremgikk at leverandørene om ønskelig kunne leie lokaler av innklagede for drift og administrasjon av tjenesten. Dette ble endret ved brev 11. november 2009. Her fremgikk at leverandørene selv skulle sørge for lokaler for

leveransen. Leverandørene kunne imidlertid få leie et lagerlokale på Oslo S, som lå i umiddelbar nærhet til togsporene.

- (61) Etter klagenemndas oppfatning er det dermed sannsynlig at det opprinnelige konkurransegrunnlaget åpnet for at flere leverandører kunne gi tilbud enn det som var tilfellet etter endringen. Dette fordi det opprinnelige konkurransegrunnlaget åpnet mulighet for leverandører som ikke disponerte egne produksjonslokaler til å delta i konkurransen.
- (62) Innklagede har imidlertid opplyst at leverandørene i foreliggende sak ikke ønsket å leie produksjons- og administrasjonslokaler fra innklagede, men ville basere seg på bruk av egne lokaler. Endringen i konkurransegrunnlaget vedrørende muligheten til å leie slike lokaler fra innklagede, ser dermed heller ikke ut til å ha hindret leverandører i å delta i konkurransen. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at endringen i konkurransegrunnlaget vedrørende muligheten for utleie av lokaler til tilbyderne ikke kan anses for vesentlig. Klagers anførsel på dette punkt fører derfor ikke frem.
- (63) Klager har videre anført at innklagede har foretatt en vesentlig endring i konkurransegrunnlaget med hensyn til hvilke omsetningstall leverandørene skulle legge til grunn.
- (64) I Vedlegg B – Pris i det opprinnelige konkurransegrunnlaget fremgår det at tilbyderne ved beregningen av kompensasjon fra innklagede skulle legge til grunn en årlig omsetning på 80 millioner kroner. Denne omsetningen skulle også legges til grunn ved utarbeidelse av incentivordning, ved at ordningen skulle gjelde all omsetning over 80 millioner kroner. Ved brev 27. november 2009 ble vedlegg B endret. Det var nå ikke oppgitt omsetningstall under punktet vedrørende kompensasjon til tilbyder. Under punktet for incentivordning, fremgikk det at denne skulle gjelde all omsetning over 70 millioner kroner.
- (65) Etter det klagenemnda forstår, bygget omsetningstallene tilbyderne skulle legge til grunn for anskaffelsen, på omsetningstall for den eksisterende kontrakten vedrørende utførelsen av tjenesten. Innklagede har for nemnda opplyst at endringen i konkurransegrunnlaget ble foretatt da innklagede oppdaget at det på grunn av feil beregningsmåte var lagt et for høyt tall til grunn. Klagenemnda kan ikke se at det hadde negative konsekvenser for leverandørene at opplysningen i konkurransegrunnlaget ble rettet. Klager har ikke anført at endringen hadde konsekvenser for hvilke leverandører som ønsket å delta i konkurransen. Endringen kan dermed ikke anses som vesentlig, og klagers anførsel fører ikke frem.
- (66) Klager har anført at innklagede har foretatt en vesentlig endring i konkurransegrunnlaget ved å ta inn ytterligere geografiske lastepunkter for NSB Komfort i konkurransegrunnlaget.
- (67) Klagenemnda har gjennomgått konkurransegrunnlaget, og kan ikke se at det her er oppgitt noen geografiske lastepunkter for NSB Komfort. I referat fra tilbydermøte 12. oktober 2009, fremgår det at innklagede har fått spørsmål om hvor påfylling av varer skjer under den eksisterende kontrakten. Innklagede har svart at dette hovedsakelig skjer i Oslo, Trondheim og Skien, og at noe skjer i Bergen og Kristiansand, men at det er opp til leverandørene å skissere andre løsninger i sitt tilbud. Det fremgår ikke spesifikt at dette spørsmålet og svaret gjelder NSB Komfort. Det er for klagenemnda ikke levert annen dokumentasjon som omhandler geografiske lastepunkter. Klagenemnda kan ut fra den foreliggende dokumentasjonen ikke se at det er gjort

endringer i konkurransegrunnlaget vedrørende geografiske lastepunkter for NSB Komfort.

- (68) Til slutt under dette punktet, har klager anført at innklagede har foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget når det gjelder størrelse på emballasje til varm drikke. Det er vist til at innklagede opplyste at en normalkopp skulle ha mindre størrelse enn tidligere oppgitt, samt at det ble innført en ny og større kopp til høyere pris.
- (69) Størrelsen på kaffekoppene er angitt i konkurransegrunnlaget under punktet "*Rekvisita 2008*". Her fremgår det at det i NSB Kafé brukes to forskjellige typer kaffekopper, 25 cl og 35 cl. Kaffekopper til NSB Komfort er oppgitt som et eget punkt, men det er ikke gitt opplysninger om størrelsen på denne koppen.
- (70) I e-post fra innklagede 4. februar 2010 er det opplyst at innklagede ønsket at drikkebeger skulle ha samme størrelse på NSB Kafé, NSB Automat og NSB Komfort. Det var bestemt at begrene skulle være 20 cl. I tillegg skulle det på NSB Kafé fortsatt kunne kjøpes stor kaffe i kopper som rommet 35 cl. Det er således feil når klager hevder at det ble innført en ny og større kopp til høyere pris. Det foreligger imidlertid en endring av de alminnelige kaffekoppene i NSB Kafé fra 25cl til 20 cl.
- (71) Endringen av størrelsen på de alminnelige kaffekoppene skjedde etter at innklagede hadde gjennomført forhandlinger med tilbyderne. Anskaffelsen er i dette tilfellet gjennomført som en konkurranse med forhandling. I konkurranser med forhandling er det i praksis lagt til grunn at adgangen etter å forhandle om alle sider av tilbudet, innebærer at oppdragsgiver under forhandlingene også kan gjøre endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige, jf. klagenemndas sak 2009/280 premiss (50).
- (72) I en så omfattende anskaffelse som den foreliggende, kan ikke klagenemnda se at endringen vedrørende størrelsen på kaffekoppene hadde vesentlig negativ betydning for tilbyderne ved levering av endelig tilbud, jf. kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Klagers anførsel fører på bakgrunn av dette ikke frem.

Oppstartsfrist

- (73) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å utsette tidspunktet for tildeling av kontrakt. Det er vist til at utsettelsen medførte at tilbyderne fikk kortere tid til å forberede oppstart av kontraktsgjennomføringen, noe som medførte store kostnader for alle andre enn valgte leverandør.
- (74) Frist for å levere tilbud var i konkurransegrunnlaget oppgitt å være 13. november 2009. I vedlegg C til konkurransegrunnlaget var det opplyst at innklagede ville inngå kontrakt senest 1. januar 2010. Begge disse datoene ble senere endret flere ganger, siste gang ved brev 27. november 2009. Her ble tilbudsfristen fastsatt til 11. desember 2009, og planlagt dato for kontraktsinngåelse opplyst å være senest 15. februar 2010. Estimert oppstart av kontraktsgjennomføringen var i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 satt til 1. juni 2010.
- (75) Kravet til forutberegnelighet i loven § 5 innebærer at oppdragsgiver må forholde seg til de opplysningene som er gitt om konkurransen i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, jf. for eksempel klagenemndas sak 2008/99 premiss (66). Mange oppdragsgivere oppgir en fremdriftsplan for gjennomføringen av konkurransen i konkurransegrunnlaget. En slik fremdriftsplan kan imidlertid ikke anses som bindende for oppdragsgiver. Det vises i denne sammenheng til at tilbudene i en konkurranse er gyldige inntil vedståelsesfristen løper ut, og at oppdragsgiver helt frem til dette

tidspunktet kan velge å benytte seg av et tilbud. Vedståelsesfristen løp i dette tilfellet ut 31. mars 2010, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.6. Nemnda påpeker også at innklagede i dette tilfellet holdt tilbyderne løpende orientert om endringene i fremdriftsplanen.

- (76) Klagenemnda har tidligere uttalt at det kan være i strid med kravet til likebehandling i loven § 5 dersom oppdragsgiver fastsetter en for kort frist for oppstart av leveransen, jf. klagenemndas sak 2008/48 premiss (56), da det kan medføre en konkurransefordel for eksisterende leverandør. Som det fremgår over, har klager begrunnet sin anførsel med at utsettelsen medførte store utgifter for alle andre tilbydere enn eksisterende leverandør. Klager har i sine anførsler verken redegjort nærmere denne påstanden, eller levert dokumentasjon som underbygger den. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Likebehandling

- (77) Klager har fremmet en rekke anførsler om at innklagede ved gjennomføringen av konkurransen har brutt kravet til likebehandling i loven § 5.
- (78) Kravet til likebehandling i loven § 5 innebærer at oppdragsgiver må sikre at alle leverandørene behandles likt gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/11 premiss (47).

Utjevning av konkurransefordel

- (79) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å ikke gi klager tilstrekkelig informasjon om omsetningstallene til å utjevne eksisterende leverandørs konkurransefordel.
- (80) Kravet til likebehandling innebærer at oppdragsgiver i noen tilfeller har aktivitetsplikt med sikte på å utjevne en konkurransefordel for eksisterende leverandør, jf. for eksempel EU-domstolens sak T-345/03 (domstolens første instans) og klagenemndas sak 2009/90 premiss (22).
- (81) Dette innebærer imidlertid ikke at oppdragsgiver har plikt til å utjevne enhver fordel, jf. EU-domstolens sak T-345/03. Ved vurderingen av om oppdragsgiver har plikt til å utjevne en forskjell, må det skje en avveining av de berørte interesser. Oppdragsgiver har bare plikt til å utjevne forskjeller i det omfang det i teknisk henseende er lett å foreta en slik utjevning, dersom utjevningen er økonomisk rimelig og dersom den ikke innebærer en tilsidesettelse av eksisterende leverandørs rettigheter.
- (82) Klager har begrunnet sin anførsel med at de mangelfulle opplysningene om omsetningstall for kontrakten medførte at klager måtte innkalkulere en høyere risiko enn valgte leverandør ved utarbeidelsen av sitt tilbud.
- (83) Innklagede har i konkurransegrunnlaget opplyst om cirka årlig omsetning for tjenestene kontrakten omfattet. Selv om klager dermed ikke hadde fått opplysninger om nøyaktige omsetningstall for tjenestene, var det i konkurransegrunnlaget vedlegg P opplyst om både produktsortiment og hvor mange som var solgt av hvert enkelt produkt. Det var også opplyst om forbruk av nødvendig tilhørende rekvisita, slik som for eksempel antall drikkebeget, sukkerbiter og servietter. Klagenemnda kan da ikke se at klager ved utarbeidelsen av sitt tilbud hadde behov for å vite nøyaktig årlig omsetning for tjenestene kontrakten omfattet. Klagers anførsel fører på bakgrunn av dette ikke frem.

Utilstrekkelige opplysninger

- (84) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å gi klager for lite informasjon om hva som ville bli vektlagt ved evalueringen av system og basedrift og

lokaler til at klager kunne gi mer utfyllende opplysninger om disse forholdene i sitt tilbud.

- (85) Både *"Logistikkssystem og basedrift"* og *"Lokaler"* var underkriterier under tildelingskriteriet *"Logistikk"*. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at innklagede ved evalueringen ville legge vekt på at leverandøren på best mulig måte ville ivareta basedrift, lokaler og logistikkssystemer og det ble bedt om at leverandøren beskrev disse elementene i sitt tilbud. Konkurransegrunnlaget la således opp til at det i stor grad var opp til tilbyderne selv å avgjøre hvor grundig de ville beskrive sitt system for basedrift og lokaler. Klager har i sine anførsler ikke pekt på hvilke opplysninger selskapet eventuelt hadde behov for, for å kunne gi mer utfyllende opplysninger om basedrift og lokaler i sitt tilbud. Klagers anførsel fører på bakgrunn av dette ikke frem.

Gjennomføringen av forhandlingene

- (86) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å avholde flere forhandlingsmøter med valgte leverandør enn med klager, ved at tre av forhandlingsmøtene med valgte leverandør ble avholdt etter forhandlingsmøtene med klager, og ved at to av dem også ble avholdt etter at klager måtte levere endelig tilbud.
- (87) Det er for klagenemnda levert referater fra forhandlingsmøter mellom klager og innklagede som er avholdt 20. januar 2010, 22. januar 2010 og 27. januar 2010. Når det gjelder innklagedes møter med valgte leverandør, er det levert referater fra møter 8. januar 2010, 28. januar 2010 og 1. februar 2010.
- (88) Ut fra den dokumentasjonen som er fremlagt for klagenemnda, er det således ikke riktig at innklagede har avholdt flere forhandlingsmøter med valgte leverandør enn med klager. Fristen for å levere endelig tilbud i konkurransen var 5. februar 2010, jf. e-post med endringer i konkurransegrunnlaget etter forhandlinger, datert 4. februar 2010. Fristen var den samme for begge leverandører. På bakgrunn av dette kan heller ikke klagers påstand om at det ble avholdt forhandlingsmøter mellom innklagede og valgte leverandør etter at klager måtte levere endelig tilbud anses som riktig.
- (89) De opplyste datoene for forhandlingsmøter viser likevel at to av forhandlingsmøtene innklagede avholdt med valgte leverandør fant sted etter at det siste møtet mellom klager og innklagede. I tilfeller der oppdragsgiver gjennomfører flere forhandlingsrunder med leverandørene, innebærer imidlertid ikke kravet til likebehandling i loven § 5 et forbud for oppdragsgiver mot å først gjennomføre forhandlingsmøtene med en leverandør og deretter påbegynne forhandlingene med en annen leverandør. Spørsmålet om brudd på kravet til likebehandling må vurderes ut fra innholdet i forhandlingene. Klager har ikke anført at rekkefølgen på forhandlingsmøtene har medført konkrete brudd på kravet til likebehandling, og klagers anførsel fører på bakgrunn av dette ikke frem.
- (90) Klager har videre anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å gi valgte leverandør mer konkrete tilbakemeldinger enn klager under gjennomføringen av forhandlingene. Det er vist til at det fremgår av innklagedes oppsummering av forhandlingene med valgte leverandør, at valgte leverandør i stor grad er styrt av innklagede når det gjelder prising av tjenestene.
- (91) Ved gjennomføringen av forhandlinger kan det forhandles om alle sider ved tilbudene, også pris. Av innklagedes oppsummering av forhandlingene med valgte leverandør, fremgår det at innklagede 19. januar 2010 informerte valgte leverandør om at prisen måtte betydelig ned for at tilbudet skulle være aktuelt for innklagede. Videre fremgår det at valgte leverandør i forhandlingene har justert sin tilbudspris som følge av retting

av feil i tilbudet, ved at avfallshåndtering var tatt ut av tilbudet. Klagenemnda kan ikke se at dette innebærer at innklagede har styrt valgte leverandør med hensyn til prising av tjenestene. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Veiledning av klager under forhandlingene

- (92) Klager har anført at innklagede har brutt sin veiledningsplikt under forhandlingene med klager. Det er vist til at innklagede ved evalueringen av underkriteriet "*Sisteledsmarkedsføring*" la vekt på forhold som innføring av nytt varesortiment, fornyelse av engangsmaterialet og økt fokus på forhåndsbestilling. I følge klager, hadde innklagede under forhandlingene med klager presisert at disse forholdene falt utenfor konkurransen og derfor ikke ville bli vektlagt ved evalueringen.
- (93) Etter det klagenemnda kan se, fremgår det ikke av den fremlagte dokumentasjonen, herunder møtereferat, at innklagede under forhandlingene har gitt uttrykk for dette. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Tildelingsevaluering

- (94) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å vurdere valgte leverandørs tilbud som bedre enn klagers tilbud på underkriteriet "*Kategoristyringsprosess*".
- (95) Ved evalueringen av tildelingskriteriene har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn. Klagenemnda kan bare overprøve oppdragsgivers skønnsutøvelse dersom det foreligger formelle regelbrudd, oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5, oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, eller skønnsutøvelsen er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig, jf. for eksempel klagenemndas saker, 2009/98 premiss (23) og 2009/151 premiss (51).
- (96) I begrunnelsen datert 11. februar 2010, fremgår det om klagers tilbud at selskapet "*er lite konkrete i å beskrive hvordan kategoristyring skal ivaretas*" og at det derfor er vanskelig å få en helhetlig forståelse av hvordan klager vil styrke identiteten til NSB MENY.
- (97) Klager har i sine anførsler vist til at selskapet under forhandlingene ga en grundig redegjørelse for hvordan det skulle arbeides med kategoristyring, og at innklagede da ga uttrykk for å være fornøyd med redegjørelsen. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det fremgår informasjon om dette av de fremlagte referatene fra forhandlingsmøtene mellom klager og innklagede. Klagers anførsel kan dermed ikke føre frem på dette grunnlaget.
- (98) Klager har videre vist til at klager etter en gjennomgang av sitt og valgte leverandørs tilbud, ikke kan se noen grunn til at valgte leverandørs tilbud skulle få bedre poengsum på kriteriet enn klagers tilbud. Det er pekt på at de eksemplene på kategoristyring som fremgår av valgte leverandørs tilbud er "*lærebokeeksempler*", uten konkret verdi for gjennomføring av den aktuelle kontrakten.
- (99) Som det fremgår over, er evalueringen av tilbudene opp til oppdragsgivers skjønn. I begrunnelsen 11. februar 2010 fremgår det blant annet at valgte leverandørs tilbud "*viser en sterk overordnet forståelse av hvordan de forskjellige elementene i markedsmixen påvirker hverandre ved gjennomføringen*". Det er videre trukket frem at valgte leverandørs tilbud har konkrete tiltak for markedsobservasjon og matkunnskap, mens klagers tilbud, som det fremgår over, er lite konkret. Etter klagenemndas mening, viser dokumentasjonen at innklagede har foretatt en konkret vurdering av tilbudene på underkriteriet "*Kategoristyringsprosess*". Klagenemnda finner ikke grunnlag for å overprøve denne vurderingen, og klagers anførsel fører derfor ikke frem.

- (100) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å gi klagers og valgte leverandørs tilbud lik poengsum på underkriteriet "*Prissetting*". Det er vist til at innklagede ikke har tatt hensyn til at klager mente dagens prisnivå var for høyt, og ønsket å redusere prisene, mens valgte leverandør ønsket å høyne prisene på ferskvarer.
- (101) I vedlegg A til konkurransegrunnlaget, fremgår det at innklagede som et underkriterium til tildelingskriteriet "*Matkunnskap og kundefokus*" ville legge vekt på "*Kompetanse innenfor prissetting*". I beskrivelsen av underkriteriet fremgår det at "*[d]et legges vekt på at Leverandøren har kompetanse innen prisfastsettelse, samt hvilke metoder som benyttes til dette*". Det fremgår ikke av begrunnelsen 11. februar 2010 hvordan innklagede har evaluert underkriteriet "*Kompetanse innenfor prissetting*". Ut fra beskrivelsen av underkriteriet, kan det imidlertid ikke ha betydning for vurderingen hvorvidt tilbyderer ønsket å øke eller senke prisene på produktene ved gjennomføring av kontrakten. Klagers anførsel fører ikke frem.

Begrunnelse

- (102) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.
- (103) Det følger av forsyningsforskriften 11-3 (1) at oppdragsgiver skal gi en "*kort begrunnelse*" ved inngåelse av kontrakt.
- (104) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at selv om begrunnelsen skal være kort, må den være tilstrekkelig til at tilbyderer kan vurdere om oppdragsgivers vurdering har vært saklig, forsvarlig og i samsvar med de oppgitte tildelingskriterier, jf. klagenemndas sak 2007/108 premiss (50).
- (105) Innklagede informerte klager om valg av leverandør ved brev 8. februar 2010. I dette brevet var valg av leverandør kun begrunnet med at valgte leverandørs tilbud var det økonomisk mest fordelaktige basert på tildelingskriteriene. Det var dessuten opplyst at valgte leverandørs tilbud hadde fått 100 poeng ved tildelingsevalueringen, mens klagers tilbud hadde fått 94 poeng. Dette er ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravet i forsyningsforskriften § 11-3 (1).
- (106) Klagenemnda finner ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om vilkårene for å kreve erstatning for den positive eller negative kontraktsinteressen er oppfylt.

Konklusjon:

NSB AS har brutt forsyningsforskriften § 11-3 (1) ved å ikke gi LSG Sky Chefs Norge AS tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.

Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

2. mai 2011

Magni Elsheim