



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av matvarer. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverkets krav om konkurranse ved å kreve tilbud på leveransen som helhet, jf. loven § 5 og forskriften § 15-1 (5). I lys av den skjønnsmessige adgangen oppdragsgiver har til å bestemme hvordan en anskaffelse skal gjennomføres, kom klagenemnda til at innklagede hadde foretatt en forsvarlig vurdering av kravet om konkurranse. Heller ikke klagers anførsel om brudd på kravet om etterprøvbarhet førte frem.*

**Klagenemndas avgjørelse 25. februar 2014 i sak 2012/118**

**Klager:** Asko Norge AS

**Innklaget:** Østfold fylkeskommune

**Klagenemndas medlemmer:** Georg Fredrik Rieber-Mohn, Andreas Wahl og Jakob Wahl

**Saken gjelder:** Det grunnleggende kravet om konkurranse i loven § 5 og forskriften § 15-1 (5).

**Bakgrunn:**

- (1) Østfold fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 22. februar 2012 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av matvarer. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til kroner 56 000 000 ekskl. mva. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 30. mars 2012.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.6 fremgikk det at tilbyderne kunne velge å inngi tilbud på en av tre følgende måter:  
  
" [... ]  
  
1. Leveransen som helhet (samtlige varelinjer i prisskjema, vedlegg 1).  
  
2. Leveransen som helhet unntatt varelinjene for helt slakt og stykningsdeler av slakt til bruk i undervisningen innenfor matfag på Glemmen og Mysen videregående skoler.  
  
3. Tilbud kun på varelinjene for helt slakt og stykningsdeler av slakt til bruk i undervisningen innenfor matfag på Glemmen og Mysen videregående skoler (jfr. postnummer 462 til og med 466 i prisskjema)."  
  
(3) På bakgrunn av dette punktet i konkurransegrunnlaget rettet Asko Norge AS (heretter kalt klager) et spørsmål til innklagede om adgangen til å inngi deltilbud. Spørsmålet, og innklagedes tilbakemelding, fremgår av innklagedes skriv datert 9. mars 2012:

*"Oppdragsgiver har mottatt følgende spørsmål til konkurransegrunnlaget:*

**SPØRSMÅL:**

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Rådhusgaten 4  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

- 1) *Slik denne konkurransen er utlyst vil det ikke være mulig for oss å levere inn tilbud da varesortimentet inneholder varegrupper som ikke leveres av oss [...] Slik vi kjenner markedet vil det ikke være noen leverandører/grossister som kan legge inn tilbud på alle varegrupper med mindre de bruker 3. part på deler av sortimentet. Vi ber om snarlig tilbakemelding på om dere kan gjøre om konkurransegrunnlaget mht. varesortiment slik at flere leverandører kan være med i konkurransen.*

*[...]*

SVAR:

- 1) *Det vises til konkurransegrunnlagets punkt 1.6 – hovedleverandør – alternativer for tilbud. I siste avsnitt er det beskrevet at tilbyder kan benytte underleverandører for å bli i stand til å tilby hele sortimentet innenfor det alternativet det velges å gi tilbud på. Det vises også til konkurransegrunnlaget punkt 2.5.4. – bestilling/levering – kulepunkt 8, som setter krav til at hovedleverandør er ansvarlig for vareleveringen/transporten selv om denne i praksis utføres av underleverandør.*

*Oppdragsgiver mener at denne løsningen gir flere leverandører/grossister mulighet til å gi tilbud og at kravet til konkurranse er ivarettatt. Oppdragsgiver opprettholder konkurransegrunnlaget slik det er utformet."*

- (4) I brev datert 19. mars 2012 ba klager innklagede om å endre konkurransegrunnlaget og kunngjøre en ny konkurranse. Innklagede svarte på denne henvendelsen ved brev datert 22. mars 2012 og fastholdt her sitt krav om å forholde seg til én hovedleverandør for hele leveransen. Fra dette brevet hitsettes:

*"... Vår begrunnelse for å stille som krav at vi kun skal forholde oss til én hovedleverandør er foretatt etter en totaløkonomisk vurdering, der følgende er vektlagt:*

- Enklere bestillingsrutiner og enklere oppfølging i avtaleperioden, faktisk og rettslig, med påfølgende mindre ressursbruk hos våre virksomheter. Dette frigir tid til bruk for den primære tjenesteproduksjon, noe som etter vårt skjønn er hensiktsmessig bruk av offentlige midler.*
- Større sikkerhet for lojalitet til inngått avtale i samsvar med LOA, som både vil sikre oppdragsgiver mot regelbrudd lokalt og bedre betingelser på grunn av større volum.*
- Enklere logistikk – positivt i forhold til miljø.*
- Bedre betingelser – storkundefordeler.*

*[...]*

*Alternativet til gjeldende konkurransebetingelser i dette markedet er [...] etter vår oppfatning å dele opp avtalen i en rekke mindre områder, med dertil svekkede muligheter til å oppnå de fordeler som er beskrevet ovenfor ..."*

- (5) Innklagedes vurderinger med hensyn til valget om én hovedleverandør fremgikk også av anskaffelsesprotokollen.

- (6) I et skriv som innklagede publiserte på [www.doffin.no](http://www.doffin.no), også dette datert 22. mars 2012, gjentok og presiserte innklagede kravet om én leverandør. I samme skriv ble tilbudsfristen utsatt til 23. april 2012.
- (7) Innenfor tilbudsfristen kom det inn tilbud fra én leverandør, Servicegrossistene AS. Tildelingsbrev datert 3. mai 2012 ble sendt til Servicegrossistene 4. mai 2012 og kontrakt ble inngått 8. mai 2012.
- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 3. mai 2012.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. februar 2014.

#### **Anførsler:**

##### ***Klagers anførsler:***

- (10) Innklagedes krav om én hovedleverandør for samtlige varegrupper (med unntak av helt slakt og stykningsdeler av slakt) innebærer en unødvendig begrensning av konkurransen som er i strid med loven § 5 og forskriften § 15-1 (5).
- (11) Matvaremarkedet er et segmentert marked, som kjennetegnes ved at leverandørene tilbyr varer innenfor én eller flere utvalgte produktgrupper. Av denne grunn er det neppe noen aktører i markedet som kan tilby samtlige av de produktene som er etterspurt i konkurransegrunnlaget. Selv om innklagede har åpnet for bruk av underleverandører, vil kravet om tilbud på hele leveransen dermed begrense antallet potensielle tilbydere i konkurransen.
- (12) Det kan ikke uten videre legges til grunn at kravet om én hovedleverandør vil gi bedre betingelser, enklere logistikk osv. Innklagede har således ingen saklige og forsvarlige grunner til å begrense konkurransen på nevnte måte. De praktiske fordelene ved å ha én leverandør kan uansett ikke gå foran kravet om konkurranse i loven § 5 og forskriften § 15-1 (5).
- (13) Under enhver omstendighet har innklagede brutt kravet om etterprøvbarhet i loven § 5 ved ikke å godtgjøre i tilstrekkelig grad hvilke vurderinger som ligger bak beslutningen om å la være å dele opp kontrakten. Innklagedes vurderinger fremgår verken av anskaffelsesprotokollen eller historikken ellers.

##### ***Innklagedes anførsler:***

- (14) Kravet om én hovedleverandør for hele leveransen (med unntak av helt slakt og stykningsdeler av slakt) er ikke i strid med regelverket.
- (15) Situasjonen hvor man bare har én leverandør å forholde seg til medfører klare fordeler knyttet til avtaleoppfølging, rabatter, avtalelojalitet og logistikk. Det vises her særlig til at avtalen også skal benyttes av en rekke mindre enheter i fylkeskommunen. Kravet om én leverandør for hele leveransen er således begrunnet i saklige og forsvarlige hensyn. At kontrakten kunne vært oppdelt i flere segmenter er ikke i seg selv tilstrekkelig til å konstatere brudd på regelverket.
- (16) Matvaremarkedet kjennetegnes ved at det har en rekke kunder, slik at leverandørene i bransjen ikke nødvendigvis er avhengig av enkeltkunder. I slike tilfeller skal det mer til

for å kreve at oppdragsgiver deler opp kontrakten i flere segmenter. Innklagedes anslag over rammeavtalens verdi på kroner 14 000 000 pr. år utgjør i underkant av 0,08 % av den totale årsumsetningen på markedet i Norge.

- (17) Konkurranses grunnlaget åpner for bruk av underleverandører, og dette er en faktisk mulighet i markedet. Behovet for å dele opp anskaffelsen er mindre enn om bruk av underleverandører ikke var mulig. Det er også mulig å levere tilbud i henhold til forskriften § 17-7. At klager av hensyn til egne interesser ikke ønsker å samarbeide med andre aktører, er et forhold som ikke kan legges innklagede til last.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (18) Klager har ikke deltatt i konkurransen, angivelig som følge av bestemmelsen i konkurranses grunnlaget som her er påklaget. Klager har saklig klageinteresse i å få prøvd denne anførselen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 og klagenemndas praksis, se blant annet sak 2012/36 premiss (17). Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder levering av ulike typer matvarer, som er en vareanskaffelse med CPV-kodene 15100000-9 ("*Dyreprodukter, kjøtt og kjøttprodukter*"), 15200000-0 ("*Tilberedt og konservert fisk*"), 15300000-1 ("*Frukt, grønnsaker og lignende produkter*"), 15500000-3 ("*Meieriprodukter*"), 15600000-4 ("*Kornprodukter, stivelsesprodukter og stivelsesprodukter*") og 15800000-6 ("*Diverse ernæringsmidler*"). Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til kroner 56 000 000 ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (19) Saken gjelder innklagedes bestemmelse i konkurranses grunnlaget om at det skal inngis tilbud på leveransen som helhet. Klager har først og fremst anført at denne bestemmelsen innebærer en begrensning av konkurransen som er i strid med loven § 5 og forskriften § 15-1 (5). I denne sammenheng har klager blant annet vist til at det bare kom inn ett tilbud i konkurransen.
- (20) Det følger av loven § 5 andre ledd at en anskaffelse "*så langt det er mulig*" skal være basert på konkurranse. Forskriften § 15-1 (5) bestemmer at oppdragsgiver ikke må anvende rammeavtaler på en måte som "*hindrer, begrenser eller vrir konkurransen*".
- (21) Problemstillingen er om innklagede har handlet i strid med disse bestemmelsene ved å la være å dele opp den foreliggende rammeavtalen i flere ulike kontrakter.
- (22) Det klare utgangspunktet er at det faller inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å vurdere hvilke behov som skal dekkes ved en kunngjort konkurranse, herunder hvorvidt forskjellige ytelser skal anskaffes samlet, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/36 premiss (21) og sak 2012/238 premiss (28). Det samme følger av forskriften § 8-1 (1) bokstav a, hvor det står at oppdragsgiver skal opplyse i konkurranses grunnlaget om det kan gis tilbud på "*deler av oppdraget*". Det er altså opp til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å bestemme om man vil åpne for deltilbud, eller om leverandørene må inngi tilbud på hele oppdraget. Dette skjønnet kan klagenemnda bare i begrenset grad overprøve.
- (23) Det vises i denne forbindelse til artikkel 46 ("*Division of contracts into lots*") i EU-kommisjonens forslag til nytt direktiv om offentlige anskaffelser (vedtatt 11. februar 2014 av Europarådet), og fortalen (avsnitt 78) til denne bestemmelsen, hvor det heter at oppdragsgiver står fritt til å la være å dele opp en kontrakt "*on the basis of any reason it deems relevant, without being subject to administrative or judicial supervision*". Dette

gir uttrykk for at oppdragsgiver bør ha stor frihet til å bestemme om det er hensiktsmessig å inngå én kontrakt for hele oppdraget, eller om anskaffelsen skal deles opp i flere kontrakter. Oppdragsgivers valg om å la være å dele opp anskaffelsen vil, etter den nye reguleringen, ikke kunne overprøves rettslig.

- (24) Klagenemnda har likevel i noen tidligere saker kommet til at oppdragsgivers valg om å la være å dele opp en anskaffelse er i strid med det grunnleggende kravet om konkurranse, jf. for eksempel sak 2011/198 i premiss (18) flg. Saken gir uttrykk for at det må foretas en konkret vurdering av oppdragsgivers fremgangsmåte, og hvorvidt denne innebærer en usaklig begrensning av konkurransen.
- (25) En vurdering av oppdragsgivers valg av fremgangsmåte må imidlertid ses i lys av det innkjøpsfaglige skjønn oppdragsgiver har til å bestemme hvordan en planlagt anskaffelse skal gjennomføres, jf. premiss (22) ovenfor. Det avgjørende må være om oppdragsgiver har gjort en saklig og forsvarlig vurdering av markedet i forkant av kunngjøringen.
- (26) Innklagede har i det foreliggende tilfellet forklart at valget om én leverandør for alle varegrupper ble gjort etter en totaløkonomisk vurdering som man foretok lenge før kunngjøringen av konkurransen. I denne vurderingen ble det lagt vekt på at situasjonen med én leverandør ville medføre klare fordeler knyttet til avtaleoppfølging, rabatter, avtalelojalitet, logistikk mv., særlig med tanke på at rammeavtalen skulle benyttes av en rekke mindre enheter i fylkeskommunen. Kravet om konkurranse ble ansett ivaretatt blant annet ved at man i konkurransegrunnlaget skulle tilrettelegge for bruk av underleverandører.
- (27) Klagenemnda kan ikke se at innklagedes vurderinger fremstår som usaklige eller uforsvarlige. At det bare kom inn ett tilbud i konkurransen kan da ikke være avgjørende. Klager har for øvrig ikke gjort nærmere rede for hva som er grunnen til at selskapet ikke kunne inngi tilbud, ut over at det ville kreve tid og ressurser å etablere et samarbeid med én eller flere underleverandører.
- (28) På denne bakgrunn finner ikke klagenemnda grunnlag for å konstatere at innklagede har begrenset konkurransen på en måte som er i strid med loven § 5 eller forskriften § 15-1 (5). Klagers anførsel om dette fører ikke frem.
- (29) Klager har videre anført at innklagede har brutt det grunnleggende kravet om etterprøvbarhet i loven § 5 ved at det ikke fremgår tilstrekkelig klart hvilke vurderinger som ligger bak avgjørelsen om å kreve én leverandør for hele leveransen. Som det fremgår av premiss (26) ovenfor, har innklagede imidlertid beskrevet hvilke vurderinger som lå til grunn for den aktuelle beslutningen. Disse vurderingene fremgår blant annet av anskaffelsesprotokollen. Klagers anførsel om brudd på kravet om etterprøvbarhet kan dermed klart ikke føre frem.

### ***Konklusjon:***

Østfold Fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 25. februar 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl