



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: De generelle kravene i § 5. Krav til ytelsen/teknisk spesifikasjon.

Stavanger kommune gjennomførte på vegne av seg selv og fire andre oppdragsgivere, en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler for anskaffelse av matvarer til større enheter hos oppdragsgiver. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt kravene til konkurranse og likebehandling i loven § 5 og forskriften § 17-3 (2), ved å oppstille varelinjen 200 liter h-melk minitank i hovedvaregruppen "Melk, ost og smør". Innklagede hadde heller ikke brutt forskriften § 22-3, ved bare å sende meddelelsesbrev til leverandørene for de hovedvaregruppene de hadde gitt tilbud på.

Klagenemndas avgjørelse 10.mai 2016 i sak 2016/21

Klager: ASKO Rogaland AS

Innklaget: Stavanger kommune, Rogaland fylkeskommune, Sola kommune, Sandnes kommune og Randaberg kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Finn Arnesen og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) På vegne av seg selv og Rogaland fylkeskommune, Sola kommune, Sandnes kommune og Randaberg kommune (innklagede) kunngjorde Stavanger kommune 21. april 2015 en åpen anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtaler for anskaffelse av matvarer til kommunale og private sykehjem, kantiner og andre større enheter hos oppdragsgiver. Anskaffelsens verdi ble estimert til 136 millioner kroner. Tilbudsfrist var 1. juni 2015.
- (2) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "*Pris og kostnader*" (60 %) og "*Kvalitet*" (40 %).
- (3) Det skulle ifølge konkurransegrunnlaget inngås rammeavtaler for seks hovedvaregrupper av matvarer:
 - Kolonialvarer
 - Fersk frukt og grønt
 - Egg
 - Fisk fryst, fersk, reker og fiskemat
 - Melk, ost og smør
 - Brød og bakervarer
- (4) Leverandørene kunne gi tilbud på én eller flere av hovedvaregruppene. Alle varelinjene i hovedvaregruppen som leverandørene valgte å gi tilbud på, måtte fylles ut.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 6, ble det opplyst om tildelingskriteriet "*Pris og kostnader*" at:

"Leverandørene skal føre inn pris for hvert produkt i vedlegg 3. Det skal ikke foretas endringer i skjemaet. Manglende tilbud på et produkt fører til at oppdragsgiver setter inn dyreste tilbud fra andre leverandører i prisskjemaet og bruker det ved vurderingen. Denne metoden er likevel ikke til hinder for at tilbudet vil kunne bli avvist i henhold til reglene i FOA. Kostnader knyttet til eventuelle forbehold skal oppgis."

- (6) Tilbyderne ble bedt om å orientere oppdragsgiver dersom de ble oppmerksom på følgende forhold:

" • Produktene i prisskjema er satt opp på grunnlag av faktiske kjøp fra nåværende leverandør i en tolv måneders periode. Oppdragsgiver har etter beste evne forsøkt å lage en nøytral beskrivelse av produktene. Det gjøres imidlertid oppmerksom på at enkelte produkter fortsatt kan ha beskrivelser som leder mot spesifikke merkeprodukter.

• På grunn av det store antallet produkter i prisskjemaet og endring av artikkelnummer i løpet av en tolv måneders periode, kan det forekomme at enkelte produkter er oppgitt to ganger, eventuelt at leverandøren oppfatter to ulike produkter som samme produkt.

Dersom dette skulle forekomme, forbeholder Oppdragsgiver seg retten til å ta disse produktene ut av evalueringen."

- (7) I spørsmålsrunden ble innklagede gjort oppmerksom på flere varelinjer som bare én leverandør kunne levere. Flere av disse varelinjene ble derfor endret eller fjernet. Kravet om 200 liters melketank ble imidlertid opprettholdt av innklagede:

"Spørsmål 14 fra leverandør:

«Produktet «200 liter H melk i minitank» er det bare en leverandør som kan levere. Dette er derfor ikke i samsvar med grunnleggende krav i anskaffelsesregelverket om konkurranse.

Svar fra oppdragsgiver:

Melkelevering av 200 liter H melk i minitank foregår ved at varebil fra leverandør leverer en tank med 200 liter melk til Sandnes kommune sitt storkjøkken. Tanken med melk blir plassert på kjøkkenets sitt kjølerom og koblet til et pumpeanlegg. Leverandør tar samtidig i retur den andre tomme tanken.

Denne leveringsmåten dekker et reelt behov hos oppdragsgiver. Melken pumpes direkte inn i maskinene og grytene. Dette gir enklere og mer effektiv produksjon. Det bidrar også til bedre arbeidsmiljø ved bedre ergonomi. Videre har det et miljøaspekt da en slipper å håndtere og kaste en mengde melkekartonger.

Dette er en beskrivelse av et reelt behov oppdragsgiver har og kravet må derfor opprettholdes."

- (8) ASKO Rogaland AS (klager) leverte tilbud på "Kolonialvarer", "Egg" og "Fisk fryst, fersk, reker og fiskemat", altså tre av de seks utlyste hovedvaregruppene. Klager ble orientert om kontraktstildeling i disse tre varegruppene ved brev av 28. oktober 2015.

- (9) Kontrakt mellom innklagede og Servicegrossistene AS, Germann Vervik Eftf AS, ASKO Rogaland AS, Lerøy Delico AS, TINE og Sandnes Bakeri (de valgte leverandørene) ble inngått i perioden mellom 27. november 2015 og 23. desember 2015.
- (10) Klagen ble brakt inn for klagenemnda 3. februar 2016. Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. mai 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Det bestrides at klager ikke har klageadgang. De seks hovedvaregruppene ble utlyst i én samlet konkurranse. Klager innga tilbud i tre av hovedvaregruppene, og deltok dermed i konkurransen. Klager gav ikke tilbud i varegruppen for meieri, utelukkende som følge av feil begått av oppdragsgiver.
- (12) Innklagede har brutt kravene til konkurranse og likebehandling i loven § 5 og forskriften § 17-3 (2), ved å oppstille varelinjen "200 L H-MELK MINITANK NY" i hovedvaregruppen "Melk, ost og smør". Dette var det bare én leverandør, TINE, som kunne tilby. Kravet hindret altså andre leverandører fra å levere tilbud på denne varegruppen. For det første ville det være mulig å dekke brukerstedets behov for melk med alternative pakningsstørrelser eller produktvarianter. Subsidiært skulle melketanken vært anskaffet separat.
- (13) Innklagede har brutt forskriften § 22-3 ved bare å sende meddelelsesbrev til leverandørene for de varegruppene de hadde gitt tilbud på. De seks hovedvaregruppene ble utlyst i én samlet konkurranse. Ved å kunngjøre konkurranseresultatet 29. desember 2015, to måneder etter tildeling og etter at klager hadde bedt om innsyn i saken, har innklagede i realiteten fratatt klager muligheten til å angripe kontraktstildelingen før kontrakt er inngått.
- (14) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning anses oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Klager har ikke saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd, da klager ikke ga tilbud på den aktuelle hovedvaregruppen og dermed ikke har et reelt behov for å få avklart spørsmålet.
- (16) Innklagede har ikke brutt kravene til konkurranse og likebehandling i loven § 5 og forskriften § 17-3 (2) ved å oppstille varelinjen "200 L H-MELK MINITANK NY" i hovedvaregruppen "Melk, ost og smør". Løsningen dekker et reelt behov hos oppdragsgiver.
- (17) Innklagede har ikke brutt forskriften § 22-3. Klager ble meddelt resultatet for de hovedvaregruppene selskapet hadde levert tilbud i.
- (18) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å kunngjøre konkurranseresultatet 29. desember 2015. Kunngjøringen ble gjort innenfor fristen på 48 dager, ettersom første kontrakt ble signert med leverandør 27. november 2015.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtaler for anskaffelse av matvarer til større enheter hos innklagede, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 136 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2. Klagen er rettidig.
- (20) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å oppstille varelinjen *"200 L H-MELK MINITANK NY"* i hovedvaregruppen *"Melk, ost og smør"*. Klager mener at dette innebærer en begrensning i konkurransen som er i strid med loven § 5 og forskriften § 17-3 (2).
- (21) Innklagede har gjort gjeldende at klager mangler saklig klageinteresse i å få avgjort sine anførsler, da klager ikke ga tilbud på den aktuelle hovedvaregruppen.
- (22) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 (2) at *"[k]lage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlatelse, handling eller beslutning"*. For å avgjøre hvorvidt klager har *"saklig interesse"* etter klagenemndsforordningen § 6 (2), har klagenemnda stilt krav til at interessen i å få avgjort anførselen eller anførslene må være aktuell. I dette ligger det at klager må ha et reelt behov for avklaring av spørsmålet, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/59 premiss (7). Videre må det foretas en konkret vurdering for hver anførsel, og av hvilken betydning en vurdering av disse anførslene vil kunne ha, jf. blant annet klagenemndas saker 2013/137 premiss (29) og 2012/66 premiss (28).
- (23) Klager har forklart at innklagedes valg om å oppstille varelinjen *"200 L H-MELK MINITANK NY"*, førte til at det for alle praktiske formål bare var én aktuell leverandør i hovedvaregruppen *"Melk, ost og smør"*, TINE, og at klager på denne bakgrunn ble ekskludert fra å levere tilbud i konkurransen. Slik saken er opplyst, legger klagenemnda til grunn at det var denne varelinjen som førte til at klager valgte ikke å inngi tilbud på denne hovedvaregruppen. Klager har på denne bakgrunn et reelt behov for å få avklart spørsmålet, og har dermed saklig klageinteresse.
- (24) Klagers prinsipale anførsel er at det ville være mulig å dekke brukerstedets behov for melk med alternative pakningsstørrelser eller produktvarianter, slik at varelinjen er en unødvendig hindring for konkurransen.
- (25) Utgangspunktet for klagenemndas vurdering er at oppdragsgiver har et vidt skjønn ved utformingen av hvilke krav som skal stilles til anskaffelsen, og at dette skjønnets bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan prøve om oppdragsgivers skønnsutøvelse er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5. Det følger av loven § 5 andre ledd, at en anskaffelse *"så langt det er mulig"* skal være basert på konkurranse. Av forskriften § 17-3 (2) følger det at de tekniske spesifikasjonene skal gi leverandørene *"like muligheter og må ikke medføre unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter"*. Oppdragsgiver skal fastsette nøytrale spesifikasjoner ut fra oppdragsgivers saklige behov, og ikke tilpasse spesifikasjonen til én leverandør.
- (26) Innklagede har ansvaret for anskaffelse av matvarer til storhusholdninger i kommunen. Innklagede har forklart at melketanken gjør det mulig å pumpe melk direkte inn i maskiner og gryter, noe som gir en enklere og mer effektiv produksjon. Innklagede peker

også på et bedre arbeidsmiljø ved bedre ergonomi, og at oppdragsgiver unngår å måtte håndtere og kaste en mengde melkekartonger, noe som innebærer at det er et miljøaspekt ved kravet.

- (27) Klagenemnda anser på denne bakgrunn kravet til melketank som begrunnet i et saklig behov hos innklagede.
- (28) Klager anfører subsidiært at innklagede skulle ha anskaffet melketanken separat.
- (29) Det klare utgangspunktet er at det faller inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å vurdere hvilke behov som skal dekkes samlet, jf. blant annet klagenemndas sak 2015/32 premiss (28) med videre henvisninger. Dette skjønnnet kan klagenemnda bare i begrenset grad overprøve. I sak 2012/118 premiss (25) er det lagt til grunn at det avgjørende må være om oppdragsgiver har gjort en saklig og forsvarlig vurdering av markedet i forkant av kunngjøringen.
- (30) Innklagede har forklart at innklagede valgte å sette sammen produktlister i seks hovedvaregrupper for mat, for å sikre et fornuftig antall leverandører med tanke på transport, administrasjon, økonomi, kontraktsoppfølging og miljø. Det må i utgangspunktet kunne forventes at melk og meieriprodukter er et produktområde hvor én leverandør kan dekke det samlede behovet til innklagede. Dette enten selvstendig eller i samarbeid med andre. Innklagede fremholder at hvilken som helst leverandør i utgangspunktet kunne levere melketanken, ettersom basisproduktet er fritt tilgjengelig i markedet. Klagenemnda legger til grunn at innklagede vurderte det slik at kravet til konkurranse på denne bakgrunn var ivaretatt.
- (31) Klagenemnda kan ikke se at innklagedes vurdering fremstår som usaklig eller uforsvarlig. At det bare kom inn ett tilbud i konkurransen for hovedvaregruppen "*Melk, ost og smør*", kan da ikke være avgjørende, se til sammenligning klagenemndas sak 2012/118 premiss (27). Klager har videre ikke bestridt at det ville vært mulig for klager å levere på dette punkt, men kun uttalt at dette vil kreve ekstra utstyr og rutiner for påfylling, retur og renhold, og at dette er et lite etterspurt produkt.
- (32) 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 § 17-3 (2). Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.
- (33) Klager har også anført at innklagede har brutt forskriften § 22-3, ved bare å sende meddelelsesbrev til leverandørene for de varegruppene de hadde gitt tilbud på. Klager viser til at de seks hovedvaregruppene ble utlyst i én samlet konkurranse.
- (34) Det følger av forskriften § 22-3 at oppdragsgivers beslutning om hvem som tildeles kontrakt skal meddeles alle "*berørte leverandører*" før kontrakten eller rammeavtalen inngås. Berørte leverandører er i forskriften § 4-1 bokstav p definert som "*leverandører som har levert inn forespørsel om å delta i konkurransen og som ikke har fått meddelelse om at deres forespørsel er avvist eller forkastet, og alle leverandører som har levert inn tilbud*".
- (35) I foreliggende tilfelle kunne leverandørene inngi tilbud på én eller flere av de oppstilte hovedvaregruppene. Da må de "*berørte leverandører*" knyttes opp mot de som har gitt forespørsel/tilbud i den enkelte hovedvaregruppe. Det betyr at det kun er de som har

inngitt forespørsel (og ikke fått meddelelse om avvisning/totalforkastelse) eller gitt tilbud i den enkelte varegruppe som har krav på tildelingsmeddelelse i denne varegruppen. Dette fordi den enkelte tildelingsmeddelelse skal angi egenskapene og de relative fordelene med det tilbud som vant i den enkelte varegruppe sett opp imot de andre tilbudene i denne varegruppen.

- (36) Klager har verken inngitt forespørsel om å delta eller tilbud på varegruppen "*Melk, ost og smør*". Det utgjør derfor ikke et brudd på forskriften § 22-3 ikke å sende meddelelsesbrev til klager for denne varegruppen. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (37) Basert på det nemnda er kommet til ovenfor, foretas det ikke noen vurdering av erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Stavanger kommune, Rogaland fylkeskommune, Sola kommune, Sandnes kommune og Randaberg kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk