



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av tilbud og ettersending/supplering

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av varmdrikkeautomater på vegne av seg selv og en rekke andre kommuner og offentlige organer. I kravspesifikasjonen var det stilt krav om at dersom det ble tilbudt begre, skulle disse være komposterbare. Klager innga tilbud der det var oppgitt ikke-komposterbare begre i prisskjemaet. I en avklaringsrunde ba innklagede blant annet om bekreftelse på at tilbudte pappbegre var komposterbare. Klager bekreftet dette, men innga dokumentasjon for et annet beger enn det som opprinnelig var oppgitt i klagers prisskjema. Klager ble først tildelt kontrakt, men senere avvist da innklagede oppdaget at det ikke var samsvar mellom beger som var tilbudt i det opprinnelige tilbudet og begeret som det senere ble inngitt dokumentasjon for. Klager anførte at det ikke var adgang til å avvise klager. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 5. desember 2017 i sak 2017/139

Klager: Kaffebryggeriet AS

Innklaget: Hedmark Fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Hedmark Fylkeskommune (heretter innklagede) kunngjorde 18. mai 2017 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av varmdrikkeautomater på vegne av seg selv og en rekke andre kommuner og offentlige organer. Anskaffelsens verdi var estimert til å overstige kroner 1 750 000 over fire år. Tilbudsfrist var 10. august 2017.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.4 ble det opplyst at det skulle inngås rammeavtale med inntil to leverandører. I punkt 2.1 ble det presisert at "[i] denne konkurransen er det ikke anledning til å forhandle. Det er følgelig ikke anledning til å endre tilbudet etter tilbudsfristens utløp."
- (3) I kravspesifikasjonen punkt 8.12 fremgikk det at "[h]vis maskinen leveres med drikkebeget, skal disse være komposterbare. Kun slike produkter skal selges i avtaleperioden."
- (4) Innen tilbudsfristen ble det inngitt syv tilbud, herunder fra Kaffebryggeriet AS (heretter klager).
- (5) I prisskjemaet i klagers tilbud var det oppgitt "Pappbeget Caterline" med tilhørende artikkelnummer. Totalprisen for begrene utgjorde 27,6 prosent av klagers totalpris. Klager bekreftet videre "å ha lest og akseptert Kundens vilkår og tilbudsforespørsel".

- (6) Etter at tilbudene var mottatt sendte innklagede den 14. august 2017 ut en forespørsel til alle leverandørene med følgende ordlyd:

"Oppdragsgiver gjennomfører med dette en avklaring etter FOA § 23-5 – og sender likelydende epost til samtlige tilbydere.

[...]

Oppdragsgiver sier videre i kravspesifikasjonen pkt 8.12: Hvis maskin leveres med drikkebeget, skal disse være komposterbare. Kun slike produkter skal selges i avtaleperioden.

Vi ber derfor om at samtlige leverandører bekrefter (Ja eller Nei) og dokumenterer (med sertifikat e.l) at tilbudte ingredienser og beger er i henhold til kravspesifikasjonen. Dette gjelder følgende:

Instans/konsentrat kaffe

Malt kaffe Kaffebonner – mørkbrent

Kaffebonner – mellombrent

Espresso bonner

Melkepulver

Sjokoladepulver

Brune sukkersticks

Beger

[...]"

- (7) Klager sendte den 17. august 2017, som svar på forespørselen, blant annet inn dokumentasjon for kaffebeget *"BioWare"*. Klager skrev videre: *"Kaffebryggeriet har kun tilbudt produkter som er merket med UTZ/Fairtrade samt komposterbare pappbeget [...]"*.
- (8) Kontrakt ble tildelt klager ved brev av 6. september 2017. I etterkant påpekte en av de øvrige leverandørene at det ikke var samsvar mellom opplysningen i prisskjemaet og opplysningen i den ettersendte dokumentasjonen knyttet til kaffebegrene. Klager har opplyst at det er skrevet feil navn og artikkelnummer på beget, men at oppgitt pris er prisen for komposterbare begre.
- (9) Oppdragsgiver avviste klager i brev av 14. september 2017 på grunnlag av at det etter deres oppfatning forelå et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen som det ikke var adgang til å rette opp ved avklaring. Klager ble i brevet oppfordret til å bringe saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser.
- (10) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. september 2017.

(11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. desember 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(12) Det er ikke tale om et vesentlig avvik, men en feil i prisskjemaet. Så lenge prisen er riktig og det er inngitt dokumentasjon på at begrene har de etterspurte egenskapene, er det ikke tale om et vesentlig avvik. Det vises også til at innklagedes rådgiver var i tvil i denne saken.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(13) Begeret som ble tilbudt i det opprinnelige tilbudet var ikke i henhold til kravspesifikasjonen. Begeret utgjorde 27,6 prosent av konkurranseprisen til vinner. Dermed var det tale om et vesentlig avvik.

(14) Som svar på innklagedes forespørsel om dokumentasjon på at det tilbudte begeret var komposterbart, sendte klager inn dokumentasjon for et annet beger. Avklaringen innebar at det i realiteten ble inngitt et nytt tilbud.

(15) Selv om det forelå opplysninger om pris i tilbudet, og denne er uendret, foreligger det klart en forbedring av tilbudet når tilbudet skulle ha vært avvist dersom man evaluerte ut fra det opprinnelige tilbudte produktet. Det endrer ikke på dette at klager bekreftet i tilbudet at kravene i konkurransegrunnlaget var oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

(16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av varmdrikkeautomater med tilbehør som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til over kroner 1 750 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

(17) I kravspesifikasjonen punkt 8.12 fremgikk det at "*[h]vis maskinen leveres med drikkebeget, skal disse være komposterbare. Kun slike produkter skal selges i avtaleperioden.*" Partene har ikke kommentert hvorvidt det for denne saken har noen betydning at det ikke var et krav om å tilby begre. Det er heller ikke opplyst hvordan tilbud som ikke tilbød begre, skulle vurderes opp mot andre tilbud. Det legges på denne bakgrunn til grunn at det i denne saken er uten betydning at det ikke var et krav om å tilby begre.

(18) Det er på det rene at klager i sitt prisskjema oppgav pappbegre som ikke var komposterbare. I avklaringsrunden ba innklagede leverandørene blant annet om å bekrefte og dokumentere at begrene som var tilbudt, oppfylte kravet om at begrene skulle være komposterbare. Klager besvarte anmodningen med å inngi dokumentasjon på en annen type beger enn den som var oppgitt i tilbudet.

(19) Etter evaluering av tilbudene ble kontrakt tildelt klager. En annen leverandør gjorde imidlertid innklagede oppmerksom på nevnte forskjell. Innklagede valgte derfor å

avvise klager fordi det forelå et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen, som det etter innklagedes oppfatning ikke var adgang til å rette opp ved avklaring.

- (20) Det er etter nemndas oppfatning ikke tvil om at det opprinnelige tilbudet isolert sett inneholdt et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b. Kravet om at begrene skulle være komposterbare, medførte en vesentlig begrensning i hvilke begre som kunne tilbys, og prisen for begrene utgjorde en betydelig del av evalueringssummen.
- (21) Spørsmålet i foreliggende sak er om innklagde hadde adgang til å akseptere at klager i avklaringsrunden tilbød et kompostertbart beger.
- (22) Av forskriften § 23-5 (1) fremgår det at oppdragsgiver har adgang til å be leverandørene om å *"ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler."* Det følger videre av andre ledd at en avklaring ikke skal medføre at tilbudet *"forbedres"*. Forskriftsbestemmelsen er en gjennomføring av direktiv 2014/24 artikkel 56 tredje ledd og utvider adgangen til supplering og ettersending av kvalifikasjonsdokumentasjon sammenlignet med tidligere, jf. klagenemndas avgjørelse i 2017/95 premiss 28. Adgangen til avklaring av forhold vedrørende tilbudet er også utvidet, i hvert fall sammenlignet med reglene som var inntatt i 2006-forskriften, jf. sak 2017/135 premiss 33. I hvilken utstrekning adgangen til avklaring ved tilbudsdokumentasjon er endret sammenlignet med reglene som gjaldt for saker som ble avgjort etter de tidligere direktivene, er imidlertid mer usikkert. For eksempel er avgjørelsene i sakene C-599/10 SAG ELV Slovensko og C-336/12 Manova basert på regler som domstolen utleder av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, og direktivet 2014/24 artikkel 56 tredje ledd angir at avklaring er betinget av at slike anmodninger nettopp *"fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed."*
- (23) EU-domstolen har i sak C-131/16 Archus, tatt stilling til et tilsvarende spørsmål som i foreliggende sak. Saken gjelder avklaringsadgangen etter det tidligere forsyningsdirektivet. Også denne avgjørelsen er basert på regler som domstolen utleder av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Avgjørelsen må derfor antas å ha overføringsverdi for avklaringsadgangen etter forskriften § 23-5 (1).
- (24) Saken gjaldt anskaffelse av digitaliseringstjenester for dokumenter i en virksomhets sentrale geologiske arkiv, samt opprettelse av dokumenter i elektronisk form. Tjenesten innebar blant annet skanning av dokumenter, og som en del av tilbudet skulle leverandørene blant annet inngi en vareprøve i form av en mikrofilm som skulle oppfylle visse fastsatte krav. Spørsmålet i saken var om det var anledning for oppdragsgiver å tillate en leverandør *"indgivelse af en ny mikrofilmprøve til erstatning af den, som var vedlagt deres tilbud, og som ikke var i overensstemmelse med specifikationerne i udbudsbetingelserne"*.
- (25) Domstolen poengterer innledningsvis i premiss 27 at det gjelder et forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser, og at dette er til hinder for at tilbud endres etter tilbudsfristen.
- (26) I premiss 36 uttaler domstolen videre:

"I overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 29, kan en opfordring fra den ordregivende myndighed til en tilbudsgiver om at fremlægge de krævede erklæringer og dokumenter imidlertid i princippet kun have til formål at præcisere nævnte tilbudsgivers tilbud eller at berigtige en åbenbar fejl, som dette tilbud er behæftet med. (...) Den kan i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 31, heller ikke føre til, at en tilbudsgiver kan fremlægge dokumenter, der indeholder ændringer af en sådan karakter, at de reelt udgør et nyt tilbud."

- (27) Det avgjørende er etter dette om de endringer som skjer i avklaringsrunden, medfører så vesentlige justeringer av det opprinnelige tilbudet at det i realiteten dreier seg om et nytt tilbud. I så fall vil dette blant annet stride mot det grunnleggende likebehandlingsprinsippet. Forskriften § 23-5 (2) uttrykker dette slik at endringene ikke må medføre at tilbudet *"forbedres"*. Dette er ingen treffende formulering. Ved en naturlig lesning kan det bære bud om en strengere regel enn den EU-domstolen har utviklet. Det kan således anføres at en ettersending, supplering eller avklaring av tilbudet, jf. samme bestemmelse første ledd, ofte vil innebære en *forbedring* av tilbudet. Men det kan ikke være meningen at dette skal rammes av forskriftens annet ledd. Bestemmelsen må tolkes i samsvar med EU-retten slik at det avgjørende blir om endringene *"reelt udgør et nyt tilbud."*
- (28) Det følger således av sak C-131/16 Archus at kun dersom klager egentlig mente å tilby ett komposterbart beger, men ved en feil oppgav pappbegeret Caterline, og denne feilen var *åpenbar*, at avklaringsreglene gav adgang til å rette denne. Ut over klagers opplysning om at pappbegeret Caterline og det tilhørende artikkelnummeret ble ført inn i prisskjemaet ved en feil, er det imidlertid ikke holdepunkter for at dette rent faktisk var tilfellet. At den oppgitte prisen gjaldt det komposterbare begeret *"BioWare"*, kan ikke ha fremstått som åpenbart for innklagede. Den helt generelle bekreftelsen i klagers tilbud hvor klager hevdet *"å ha lest og akseptert Kundens vilkår og tilbudsforespørsel"* underbygger ikke i seg selv at klager mente å tilby noe annet enn de pappbegrene som ble oppgitt i prisskjemaet. Verken innklagede eller klagenemnda kan på denne bakgrunn legge til grunn at pappbegeret Caterline ble oppgitt som følge av en feil fra klagers side.
- (29) Endringen av tilbudt beger var derfor, slik nemnda ser det, i realiteten et nytt tilbud etter at tilbudsfristen var utløpt. Innklagede hadde ikke anledning til å akseptere dette, og var følgelig forpliktet til å avvise klagers tilbud.
- (30) Klagers anførsel følger dermed ikke frem.

Konklusjon:

Hedmark fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn

