



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil i/uklart konkurransegrunnlag

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale for kjøp av matvarer. Det var i konkurransen lagt opp til at leverandører kunne levere tilbud på prisalternativene fast pris og flytende priser. For begge alternativene ble leverandørene bedt om å oppgi et påslag. Klager ble avvist fra konkurransen som følge av at de hadde fylt ut kolonnen for påslag på flytende priser ved å inngi en rabatt, som gjorde tilbudet ikke sammenlignbart. Klager fikk medhold i sin anførsel om at det var uklart ut fra konkurransegrunnlaget hvordan leverandørene skulle levere tilbud på påslagsprosent for prisalternativet flytende priser.

Klagenemndas avgjørelse 19. april 2024 i sak 2024/0138

Klager: Oda Norway AS

Innklaget: Tønsberg kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Tønsberg kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. oktober 2023 en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale for kjøp av matvarer til barnehager, SFO, skoler og boliger. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlagets punkt 2.2 estimert til cirka 130 millioner kroner. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget punkt 3.1 angitt til 1. desember 2023. Tilbudsfristen ble senere utsatt til 8. desember 2023.
- (2) I kunngjøringen på Doffin var det i punkt 5.1.3 «*Estimated duration*» opplyst at kontraktens varighet var 48 måneder. Det var ikke gitt noen opplysninger om opsjoner i kunngjøringsskjemaet.
- (3) Det fremkom av konkurransegrunnlagets punkt 2.5 om «*Kontraktens varighet*» at:
«Kontraktens varighet er 4 år, fom. 01.12.2024 – tom. 31.12.2028, med kundestyrte opsjon på 1+1 år.»
- (4) Samtidig fremgikk det av kontraktsdokumentet punkt 2 «*Varighet*» at:
«Dersom ikke annet er særskilt avtalt mellom partene gjelder rammeavtalen i 2 (to) år fra ikrafttredelsestidspunktet oppgitt på side 3 i denne kontrakten. Oppdragsgiver har opsjon på å forlenge avtalen, men ikke lenger enn at den totale avtaleperioden blir 4 (fire) år.»
- (5) Det fulgte av konkurransegrunnlagets punkt 4.2 at valg av leverandør skulle bestemmes ut fra kriteriene «*Pris*» (vektet 60 prosent) og «*Kvalitet og leveranse*» (vektet 40 prosent).

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (6) Tildelingskriteriet «Pris» var nærmere beskrevet i punkt 4.2.1:

«Under dette punktet evalueres totalpris og vektet påslag på øvrig sortiment, ref. prisskjema (vedlegg 2). Forbehold og evt. Følgkostnader må oppgis i prisskjema, ellers regnes de som inklusive.»

- (7) I prisskjemaet var det to alternative faner som kunne fylles ut, én for faste priser og én for flytende priser. I prisskjemaets instruks for utfylling var det under overskriften «Veiledning for utfylling av prislister» opplyst at:

«For å sammenligne prisene som leveres som fastpris med priser etter flytende struktur, vil oppdragsgiver evaluere de flytende prisene på bakgrunn av historiske priser. Leverandører som velger en slik struktur må fylle inn fem ulike priser per vare, basert på oppgitt dato. Dersom det foreligger forskjell på prisene på ulike tidspunkt, skal tilbudspris ved kl. 12.00 legges til grunn. Leverandører må på forespørsel kunne dokumentere prisene. Evalueringssummen er satt til medianen av de historiske prisene. Dette for å hindre at tilbudspriser, priskrig eller høy pris for en gitt periode, vil være utslagsgivende for evalueringen.

Påslagsprosent skal oppgis på begge alternativ. Påslaget vil være retningsgivende for varer i samme kategori som er oppgitt i prisskjema.»

- (8) Under overskriften «Evaluerings» under samme fane, var det opplyst at evalueringssummen for den enkelte varelinje ikke skulle fylles ut av leverandør, og at tildelingskriteriet pris ville bli evaluert etter totalsum som fremkom nederst i prisskjema. Videre var det presisert at «Totalsum som fremkommer nederst i prisskjema skal overføres til Merccell.»

- (9) I kravspesifikasjonen pkt. 2.1 «Beskrivelse av leveransen» var det opplyst følgende om alternativet flytende prisstruktur:

«Leverandør kan velge å tilby flytende priser. Dette innebærer at leverandør kontinuerlig kan endre sine priser overfor oppdragsgiver. Vilkår for å benytte denne modellen er:

- 1. Prisene skal være offentlig tilgjengelige til enhver tid, og*
- 2. kommunens pris skal være tilsvarende den prisen øvrige kunder av leverandør får kjøpe varene til. Se mer informasjon i vedlegg prisbestemmelser.*

Vilkårene for å benytte denne strukturen må være oppfylt til enhver tid.»

- (10) Innklagede mottok tre tilbud innen tilbudsfristen, fra Matvareexpressen (heretter *valgte leverandør*), Meny AS og ODA Norway AS (heretter *klager*).
- (11) Valgte leverandør leverte tilbud på prisalternativ 1, faste priser. De to andre leverandørene leverte tilbud på prisalternativ 2 i prisskjemaet, flytende priser.
- (12) Den 4. januar 2024 ble tilbudene fra Meny AS og klager avvist fra konkurransen. Innklagede begrunnet avvisningen av klagers tilbud med at klager ikke hadde oppgitt et påslag, men en rabatt, og at tilbudet ikke var mulig å sammenligne med øvrige tilbud i konkurransen, hvor det var gitt påslag. Avvisningen var også begrunnet i andre forhold i klagers tilbud. Avvisningen av Meny AS var begrunnet med at det ikke var utfylt noen

påslagsprosenter i prisskjemaet, og at det derfor ikke var mulig å sammenligne tilbudet med de øvrige tilbudene i henhold til tildelingskriteriene.

- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. januar 2024. Innklagede har bekreftet at de avventer kontraktsinngåelse inntil nemnda har behandlet saken. Saken er derfor gitt prioritert behandling av nemnda.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. april 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag. Slik konkurransegrunnlaget var formulert, har det ikke vært klart hvordan leverandørene skulle levere tilbud på alternativet flytende priser. Innklagede har også brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved en rekke andre feil som kan ha påvirket deltakerinteressen. Feilene som er gjort medfører avlysningsplikt.
- (16) Det er ikke samsvar mellom kontraktens varighet i konkurransegrunnlaget og kontraktsvilkårene. I konkurransegrunnlagets punkt 2.5 står det at kontraktens varighet er totalt 6 år inkludert opsjoner, mens det i kontraktsvilkårene punkt 2 står at kontraktens varighet er totalt 4 år inkludert opsjoner. Dette gjør det uklart om tilbyderne skal gi tilbud for en periode på 4 eller opptil 6 år. Differansen på å være bundet i fire eller seks år påvirker prissettingen.
- (17) Det er ikke samsvar i tildelingskriteriene slik de er oppgitt i konkurransegrunnlaget og prisskjemaet. Konkurransegrunnlaget legger opp til en todeling av tildelingskriteriet pris (totalpris og vektet påslag på øvrig sortiment). Prisskjemaet er derimot helt klart på at tildelingskriteriet kun vil bli evaluert etter totalsum. Denne motstriden gjør det uklart hvordan tildelingskriteriet «Pris» skal vurderes.
- (18) Det er feil i prisskjemaet vedrørende evalueringen av påslag på øvrig sortiment for tilbud basert på fastpris. Under fanen «Instruks for utfylling» er det opplyst at leverandørene skal oppgi påslagsprosent, og at påslaget vil være retningsgivende for varer i samme kategori som er oppgitt i prisskjemaet. Under fanen for alternativ 1, faste priser, er det for hver varegruppe oppgitt en egen celle hvor «Påslagsprosent på øvrig sortiment under varegruppen» skal fylles ut av leverandørene. Det er dermed uklart om det er påslaget for varene som skal være retningsgivende for øvrig sortiment, eller om det er den påslagsprosenten som tilbyderne eksplisitt oppgir i prisskjemaet som skal være retningsgivende.
- (19) Det er feil og uklarheter i prisskjemaet som medfører at det ikke er samsvar mellom dataene som samles inn for alternativ 1 faste priser og alternativ 2 flytende priser. Påslagsprosenten er regnet ut forskjellig for de to alternativene. For alternativ 1, faste priser, er det en egen kolonne som automatisk beregner «Påslagsprosent på innpris». På fanen for alternativ 2 er ikke påslagsprosenten regnet ut på samme måte. For alternativ 2 skal tilbyder oppgi «Påslagsprosent varegruppe» i egen kolonne hvor påslagsprosent skal fylles ut for hvert enkelt av de spesifiserte produktene. Påslagsprosenten blir deretter automatisk summert.

- (20) Videre er det for alternativ 1, fast pris, en egen kolonne som beregner «*Vektet påslag*». Dette gjøres ved å dividere evalueringssum på innpris og trekke fra 1. For alternativ 2 skulle det ikke oppgis noen innpris, og det er dermed ikke mulig å foreta tilsvarende beregninger. Dette medfører at det ikke er mulig å foreta en evaluering av «*vektet påslag på øvrig sortiment*» for hver varegruppe, slik det forutsettes i konkurransegrunnlaget punkt 4.2.1 for alternativ 2, flytende priser.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Det bes om at sekretariatet vurderer om klagen bør avvises, jf. klagenemndforskriften § 9.
- (22) Det er ikke gjort feil i konkurransen som medfører avlysningsplikt.
- (23) Det foreligger ikke en reell uklarhet vedrørende avtalens varighet. Innklagede har anvendt standard kontraktsvilkår som et vedlegg til konkurransegrunnlaget. Det er konkret angitt at varigheten i standardvilkårene kun gjelder «*Dersom ikke annet er særskilt avtalt mellom partene*». Det må da være klart at det er konkurransegrunnlagets konkret angitte kontraktlengde som vil gjelde.
- (24) Det er ikke en reell uklarhet i prisskjemaet. Det er tydelig angitt i konkurransegrunnlaget at tildelingskriteriet pris skal bestå av to komponenter/underkriterier, totalprisen og påslagsprosenten. At det i prisskjemaet er oppgitt at tildelingskriteriet pris ville bli evaluert etter totalsum skaper ingen reell uklarhet. De fleste tilbydere vil legge til grunn at meningen med setningen er å påpeke at totalsummen nederst i skjema er det som skal overføres til Mercell.
- (25) Uansett om tilbydere skulle være i tvil om hvordan påslagsprosenten ville bli anvendt i forhold til totalprisen i prisskjemaet, kan de ikke ha vært i tvil om at påslagsprosenten skulle oppgis. En eventuell uklarhet vil dermed uansett ikke ha hatt noen innvirkning på utfallet i konkurransen.
- (26) Det er ikke uklart for prisalternativ 1 fast pris om det er påslaget på de spesifiserte varene som skal være gjeldende for det øvrige sortimentet, eller om det er den påslagsprosenten tilbyder oppgir særskilt i prisskjemaet for varegruppen som skal legges til grunn i evalueringen. Hele formålet med å ha et skjema der gjennomsnittet for en varegruppe fremkommer er å få frem en felles påslagsprosent for varegruppen som også er synlig for tilbyderne. Det er naturlig nok varegruppens påslagsprosent som skal brukes på øvrige varer i gruppen.
- (27) At det er to litt ulike prismodeller for faste og flytende priser er ikke en «feil». Det er et bevisst valg, fremtvunget av den realitet at flere av tilbyderne i dette markedet ikke ser seg tjent med å oppgi sine innpriser.
- (28) Innklagede har anvendt påslagsprosenten for begge alternativer i evalueringen på en helt identisk måte, ved å anvende denne på et omsetningstall som er basert på historiske data og kunnskaper om tidligere påslagsprosent. Ut fra dette er det beregnet en totalsum for varer som ikke er priset, og som er vektet i forhold til evalueringssummen for prisede varer. Det er ingen grunn til å tro at kjøp utenfor avtaleproduktene vil være ulik ved de to alternativene. Dermed var det fullt mulig å sammenligne de to påslagsprosentene.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av matvarer til skole, SFO, barnehager og boliger, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 2.2 estimert til cirka 130 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Om det var uklart hvordan leverandørene skulle gi tilbud på alternativet flytende priser

- (30) Klager har anført at det foreligger en rekke uklarheter i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda forstår klager slik at det blant annet anføres at det ut fra konkurransegrunnlaget ikke var klart hvordan leverandørene skulle levere tilbud på påslagsprosent for prisalternativet flytende priser.
- (31) Det følger av kravet til forutberegnelighet at konkurransegrunnlaget må være utformet tilstrekkelig klart og utvetydig til at en rimelig opplyst leverandør vil forstå kravenes innhold og tolke dem på samme måte, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1489 avsnitt 62 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 *SIAC* avsnitt 42. Dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget «må utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres» og at det må inneholde «tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud», jf. klagenemndas sak 2022/1810 med videre henvisning til sak C-19/00 *SIAC*. Konkuransegrunnlaget må dermed gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal kunne gi tilbud på likt grunnlag. Det skal fremgå klart hva det skal gis tilbud på, og hvordan dette skal gjøres. Det er oppdragsgiver som har risikoen for eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget.
- (32) Innklagede har opplyst at man ved gjennomføringen av anskaffelsen var klar over at det ikke er alle leverandører i markedet for matvarer som ønsker å oppgi sine innpriser, heller ikke i konkurranser om offentlige anskaffelser, altså hvor oppdragsgiver er underlagt lovbestemt taushetsplikt. For å tilrettelegge for bedre konkurranse, hadde innklagede derfor åpnet for to alternative prisordninger, én for faste priser, og én for flytende priser. For alternativet faste priser skulle leverandørene for en rekke opplistede produkter oppgi pris til oppdragsgiver og innpris. Prisskjemaet regnet så ut påslagsprosenten for hvert produkt. For alternativet flytende priser skulle leverandørene oppgi historiske tilbudspriser ved fem ulike angitte tidspunkt for de samme produktene som skulle prises i alternativet med fastpris. Evalueringsprisen på de oppgitte produktene ble regnet ut fra en median på disse historiske prisene. For disse produktene skulle det ikke oppgis innpris, men det var en kolonne hvor det skulle angis «Påslagsprosent varegruppe». De oppgitte produktene var strukturert i varegrupper.
- (33) Prisen leverandørene ble evaluert på for alternativet med fastpris var prisen på varekurven med de oppgitte produktene med tillegg av en sum for forventet kjøp øvrig sortiment ganget med en vektet påslagsprosent regnet ut fra påslagsprosenten som prisskjemaet regnet ut for alle produktene som skulle prises.
- (34) Prisen leverandørene ble evaluert på for alternativet flytende priser var prisen på på varekurven bestående av medianprisen på de oppgitte produktene med tillegg av en sum

for forventet kjøp øvrig sortiment ganget med en vektet påslagsprosent regnet ut fra de oppgitte påslagsprosent varegruppe.

- (35) I kravspesifikasjonen punkt 2.1 var det stilt som vilkår for å kunne benytte den flytende prisstrukturen, at prisene skulle være offentlig tilgjengelige til enhver tid, og videre at kommunens pris skulle være tilsvarende den prisen øvrige kunder av leverandøren fikk kjøpe varene til. Slik klagenemnda forstår saken, er disse tilbudsprisene det samme som leverandørenes offentlige utsalgspriser, og er dermed priser som leverandørene i utgangspunktet har innkalkulert et eventuelt overskudd på og som allerede inneholder et påslag på de skjulte innprisene. Påslagsprosenten som ble regnet ut for å evaluere pris ville dermed ikke ha noen betydning ved kjøp på rammeavtalen.
- (36) Klagenemnda forstår innklagedes prisskjema slik at leverandørene ble bedt om å oppgi en påslagsprosent for de flytende prisene, for på denne måten å få øvrig sortiment inn i prisvurderingen. I stedet for at det skulle oppgis en innpris med tilhørende påslag per produkt, skulle leverandørene oppgi en påslagsprosent per varegruppe, og på denne måten i større grad kunne maskere innprisen per enkeltprodukt.
- (37) Gitt at påslagsprosenten er ment å gi uttrykk for prisnivået på øvrig sortiment, mangler prisskjemaet imidlertid etter klagenemndas vurdering de nødvendige føringene for hvordan leverandørene skal regne ut denne prosenten. Den faktiske påslagsprosenten vil trolig variere per produkt og for hver av de 5 datoene. Det fremstår som uklart om innklagede har tenkt at påslagsprosenten for dette prisalternativet for eksempel skal være en median påslagsprosent regnet ut fra den vektete påslagsprosenten per gruppe, eller om det skal være en annen form for snittpris for leverandørens sortiment for den totale varegruppen.
- (38) Etter klagenemndas vurdering fremstår det som kontraintuitivt at innklagede har bedt om et påslag for de flytende prisene, da dette ikke skulle brukes ved avrop på øvrig sortiment. Som redegjort for over, var det for dette prisalternativet allerede innkalkulert en fortjeneste i de historiske prisene. Av samme grunn, fremstår det heller ikke nødvendig med et påslag for øvrig sortiment.
- (39) Klagenemnda forstår klager som at de har forstått prisskjemaet slik at man skulle oppgi et eventuelt påslag/rabatt oppå den flytende prisen.
- (40) På bakgrunn av drøftelsen over, var det etter klagenemndas vurdering ikke klart hvordan leverandørene skulle levere tilbud på påslagsprosent for prisalternativet flytende priser. Det var følgelig ikke gitt tilstrekkelige opplysninger i konkurransegrunnlaget og prisskjemaet til at tilbyderne hadde et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud på dette prisalternativet.
- (41) Denne uklarheten er en feil som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning. Bruddet kan ha påvirket utfallet av konkurransen, ettersom to av konkurransens tilbud ikke er blitt evaluert som følge av feilen. På bakgrunn av dette resultatet, finner ikke nemnda grunn til å ta stilling til klagers øvrige innsigelser til prisskjema.
- (42) Klagenemnda vil også bemerke at det vil være problematisk å evaluere pris ved tildeling av rammeavtalen på en påslagsprosent for prisalternativet flytende priser som ikke lar seg etterprøve og som rent faktisk ikke vil bli benyttet ved avrop.

Varigheten av kontrakten

- (43) Klagenemnda skal så ta stilling til om konkurransegrunnlaget var uklart som følge av at det ikke var samsvar mellom kontraktens varighet i konkurransegrunnlaget og kontraktsvilkårene.
- (44) Det var i konkurransegrunnlaget punkt 2.5 oppgitt at «*Kontraktens varighet er 4 år, fom. 01.12.2024- tom. 31.12.2028, med kundestyrte opsjon på 1+1 år*». I kontraktsvilkårene pkt. 2 stod det følgende om kontraktens varighet:
- «Dersom ikke annet er særskilt avtalt mellom partene, gjelder rammeavtalen i 2 (to) år fra ikrafttredelsestidspunktet ... Oppdragsgiver har opsjon på å forlenge avtalen, men ikke lenger enn at den totale avtaleperioden blir 4 (fire) år».*
- (45) I kunngjøringen var det oppgitt at kontraktens varighet var 48 måneder, altså 4 år. Kunngjøringen ga ingen videre informasjon om opsjoner.
- (46) Innklagede har anført at dette ikke utgjør en reell uklarhet, ettersom det er angitt at varigheten i standardvilkårene kun gjelder «*Dersom ikke annet er særskilt avtalt mellom partene*», og at det derfor må være klart at det er konkurransegrunnlagets konkrete angitte kontraktlengde som må gjelde. Klagenemnda er ikke enig i dette. Det foreligger en åpenbar motstrid mellom bestemmelsen i konkurransegrunnlaget og det som er oppgitt i kontrakten og kunngjøringen. Selv om det var gitt mer detaljert informasjon i konkurransegrunnlaget, kan ikke dette veie opp for at det var oppgitt uriktig informasjon både i kontrakten og kunngjøringsskjemaet. Leverandører som la til grunn informasjonen som fremkom i kunngjøringsskjemaet og kontrakten, ville dermed kunne ha andre forutsetninger for sine tilbud enn leverandører som la til grunn informasjonen i konkurransegrunnlaget. At det ikke er stilt spørsmål i konkurransen vedrørende rammeavtalens varighet, kan ikke være avgjørende når det foreligger en såpass åpenbar uklarhet.
- (47) Slik kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var utformet, var det etter klagenemndas vurdering ikke klart om leverandørene skulle inngi tilbud for en total avtaleperiode på 6 år inkludert opsjoner, eller 4 år inkludert opsjoner.
- (48) På bakgrunn av at klagenemnda har konstatert brudd og avlysningsplikt som følge av uklarheten i prisskjemaet, er det ikke behov for å ta endelig stilling til hvilken innvirkning uklarheten rundt varigheten av kontrakten har hatt på konkurransen.
- (49) Bruddet som klagenemnda har konstatert over, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Tønsberg kommune har handlet i strid med prinsippet om forutberegnelighet ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur