



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse, Avvisning av tilbud

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for leie og vask av tøy. Klagenemnda kom i sak 2023/313 frem til at klagers tilbud skulle vært avvist. Som følge av klagenemndas avgjørelse avviste innklagede klagers tilbud og avlyste konkurransen grunnet forfeilet konkurranse og uklart konkurransegrunnlag. Saken ble behandlet i stornemnd. Klagenemnda konkluderte med at det ikke var plikt til å avvise klagers tilbud, men at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen på avlysningstidspunktet.

Klagenemndas avgjørelse 13. februar 2024 i sak 2023/0852

Klager: Breeze Tekstil AS

Innklaget: Bodø kommune

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hallgrim Fagervold, Sverre Nyhus, Wenche Sædal og Hanne S. Torkelsen.

Bakgrunn:

- (1) Bodø kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. desember 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for leie og vask av tøy. Anskaffelsens verdi ble på kunngjøringstidspunktet estimert til 40 millioner kroner. Tilbudsfrist var 23. januar 2023.
- (2) Kravspesifikasjonen inneholdt 18 krav som alle var merket som absolutte krav. Kravene var listet opp i en tabell. Tabellen var lagt opp slik at leverandørene skulle bekrefte at de oppfylte hvert enkelt krav i kravspesifikasjonen, og for noen av kravene var det også lagt opp til å legge ved dokumentasjon.
- (3) Kravspesifikasjonens krav nummer 3 var utformet på følgende måte:

3. Bransjestandard	A	Det kreves at vaskeriet oppfyller krav satt av Norske vaskeriers kvalitetstilsyn (NVK) som følger av den til enhver tid gjeldende bransjestandard "Smittevern for vaskerier som behandler tekstiler til helseinstitusjoner", og at tekstiler vaskes etter denne standarden. (se vedlegg). Kjemikalier skal ikke være klassifisert som giftige, meget giftige, kreftfremkallende, arvestoffskadelige eller reproduksjonsskadelige i henhold til forskrift om klassifisering, merking og emballering av stoffer og stoffblandinger (CLP). ...	Bekreft: vedlegg nr:
---------------------------	----------	---	---

- (4) Planlagt oppstart av rammeavtalen var satt til 1. mai 2023.

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (5) Innklagede mottok tilbud fra Nor Tekstil AS og Breeze Tekstil AS.
- (6) Breeze Tekstil AS bekreftet i tilbudet at de oppfylte kravspesifikasjonens krav nummer 3 om bransjestandard. Som dokumentasjon var det vedlagt tilbudet en bekreftelse fra Norske Vaskeriers Kvalitetstilsyn (heretter *NVK*) på at det var satt i gang tiltak for å tilfredsstille bransjestandarden, og at godkjenning var planlagt gjennomført i løpet av 1. kvartal 2023.
- (7) I tildelingsbrev datert 11. april 2023 informerte innklagede om at Breeze Tekstil AS ble tildelt kontrakten. Det ble samtidig opplyst om at begge leverandørene var kvalifisert til å delta i konkurransen, og at begge tilbudene oppfylte kravene i kravspesifikasjonen.
- (8) Nor Tekstil AS påklaget tildelingen og brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i sak 2023/313. Klagenemnda kom til at kravet om bransjestandard skulle vært oppfylt på tilbudstidspunktet, og at Breeze Tekstil AS ikke hadde dokumentert det. Nemnda konkluderte derfor med at tilbudet til Breeze Tekstil AS skulle vært avvist siden det inneholdt et vesentlig avvik.
- (9) På bakgrunn av klagenemndas avgjørelse i sak 2023/313 avviste innklagede Breeze Tekstil AS fra konkurransen, og avlyste deretter konkurransen 17. juli 2023. Begrunnelsen for avlysningen var:

«I KOFA-sak 2023/313, ble kommunen innklaget av Nor Tekstil AS. Klagenemnda konkluderte med at valgte leverandør skulle vært avvist, idet et krav i kravspesifikasjonen ikke var oppfylt. Kommunen står da igjen med ett tilbud i konkurransen, hvilket gir rettslig grunnlag for å avlyse konkurransen. Det vises i den forbindelse til EU-domstolens dom i sak C-27/98, og blant annet KOFA-sakene 2010/7, 2010/259 og 2010/261. I tillegg mener kommunen at konkurransegrunnlaget i dette tilfellet ikke var formulert tilstrekkelig klart når det gjelder kravspesifikasjonen. Det er derfor ønskelig med en generell gjennomgang av konkurransegrunnlaget, for å gjøre det mer presist og tydelig. Ny konkurranse vil bli kunngjort så snart som mulig.»

- (10) Breeze Tekstil AS (heretter *klager*) påklaget avvisningen og avlysningen 15. august 2023. Innklagede besvarte klagen 23. august 2023. Klagen ble ikke tatt til følge.
- (11) Nor Tekstil AS påklaget også avvisningen, og brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 21. august 2023. Denne klagen er behandlet i sak 2023/682.
- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 25. september 2023.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. februar 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Avvisningen og avlysningen må omgjøres, og kontrakten tildeles klager.
- (15) Tilbudet til klager ble urettmessig avvist, da kravet om bransjestandard først skulle vært oppfylt ved kontraktsoppstart og ikke ved tilbudsfrist. Konkurransegrunnlaget kan ikke

tolkes slik at kravet skulle være oppfylt ved tilbudsfristen, og klager har bekreftet og sannsynliggjort at kravet ville være oppfylt ved kontraktgjennomføring.

- (16) Som følge av den feilaktige avvisningen av klager forelå det ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen. Konkurranses grunnlaget er klart, og det var ikke en forfeilet konkurranse.
- (17) Subsidiært anføres det at dersom det var grunnlag for å avvise klager fra konkurransen, forelå det saklig grunn for avlysning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Klager sitt tilbud ble avvist på bakgrunn av klagenemndas avgjørelse i 2023/313 som konkluderte med at innklagede hadde en plikt til å avvise klagers tilbud som følge av at tilbudet inneholdt et vesentlig avvik fra konkurranses grunnlaget. Det forelå dermed saklig grunn til å avlyse konkurransen, fordi det ikke lenger var flere fullt ut sammenlignbare tilbud.
- (19) Innklagede hadde saklig grunn og plikt til å avlyse konkurransen som følge av uklart konkurranses grunnlag.
- (20) Konkurransen har vist et klart behov for endringer i konkurranses grunnlaget. Det foreligger rettslig usikkerhet om når kravet om bransjestandard skal være oppfylt, og det er klart at dette må utarbeides på en bedre måte.
- (21) Tildelingskriteriet gevinstpotensiale og realisering er ikke utformet på en god nok måte. Tildelingskriteriet bærekraft er også problematisk slik det er utformet. Når det gjelder pris er det lagt opp til poengsetting etter forholdsmessig metode, som praksis fra klagenemnda har vist at i noen tilfeller kan medføre strid med regelverket. I tillegg har innklagede blitt oppmerksom på at en mer automatisert løsning kan ha klare fordeler for drift og miljø, og innklagede vil dermed vurdere om det skal gjøres endringer i kravspesifikasjonene.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en rammeavtale om leie og vask av tøy, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 40 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.
- (23) Deler av denne saken, dvs. spørsmålet om klagers tilbud skulle vært avvist pga. manglende oppfyllelse av kravet til bransjestandard, er tidligere behandlet som sak 2023/313, jf. avsnitt 8 ovenfor. I den saken var Nor Tekstil AS, som den andre av de to konkurrerende tilbyderne i konkurransen, klager og fikk medhold i anførselen om at Breeze Tekstil AS skulle vært avvist fra konkurransen fordi selskapet på tilbudstidspunktet ikke tilfredsstilte kravet om å oppfylle bransjestandarden. Breeze Tekstil AS var ikke part i den saken, men siden innklagede som følge av klagenemndas avgjørelse avviste Breeze Tekstil AS fra konkurransen, fikk Breeze Tekstil AS mulighet til å klage på avvisningen som part i avvisningsbeslutningen.
- (24) Det er denne avvisningen som Breeze Tekstil AS nå har klaget inn for nemnda, og det underliggende avgjørende spørsmålet i denne saken er, som i sak 2023/313, om

innklagede hadde plikt til å avvise Breeze Tekstil AS fordi det på tilbudstidspunktet ikke oppfylte kravet om bransjestandard. Selv om det faktiske og rettslige grunnlaget for den vurderingen i det alt vesentlige er det samme som i sak 2023/313, har Breeze Tekstil AS som berørt både av avvisningen og avlysningen rett til å få behandlet sin klage. Siden det under saksforberedelsen i denne saken er kommet frem opplysninger som tydet på at denne nemnd vil komme til et annet resultat enn i den tidligere saken, er klagenemnda her satt som stornemnd, jf. klagenemndforskriften § 12 første ledd.

- (25) Det avgjørende spørsmålet for om innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud, er om kravet om at tilbyderne måtte «*oppfylle krav satt av Norske vaskeriers kvalitetstilsyn*», jf. avsnitt 3, skulle vært oppfylt på tilbudstidspunktet eller om det var tilstrekkelig at det var oppfylt under gjennomføringen av kontrakten.
- (26) Klagenemnda tar her samme rettslige utgangspunkt som nemnda i sak 2023/313 og viser til forskriften § 24-8 (1) bokstav b, der det fremgår at oppdragsgiver «*skal*» avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene. Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten, inkludert kravspesifikasjonen, slik det blant annet er lagt til grunn i LB-2019-85112. For å avgjøre om det foreligger et avvik, skal tilbudet tolkes objektivt i lys av konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget tolkes for å klargjøre hvilke krav som er stilt, og tilbudet tolkes for å undersøke om tilbudet tilfredsstiller disse kravene.
- (27) Ved tolkningen av konkurransegrunnlaget må det, på samme måte som ved tolkningen av kvalifikasjonskrav, tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene, se for eksempel HR-2022-1964 *Flage Maskin* avsnitt 51. Utgangspunktet for tolkningen vil være den objektive forståelsen av ordlyden i konkurransegrunnlaget, men også andre momenter kan ha relevans som for eksempel formålet med anskaffelsen, hva kontrakten går ut på, hvilke dokumentasjonskrav som er satt samt sammenhengen i de ulike bestemmelsene i konkurransegrunnlaget.
- (28) Etter forskriften § 15-1 er kravspesifikasjoner krav som knytter seg til egenskaper ved varene, tjenestene eller arbeidene som skal anskaffes. Kravene utgjør dermed en del av kontraktsforpliktelsene. Utgangspunktet er at kravene må oppfylles ved gjennomføring av kontrakten, med mindre noe annet følger av konkurransegrunnlaget. Dette i motsetning til kvalifikasjonskrav, der utgangspunktet er at slike krav som knytter seg til tilbyderens gjennomføringsevne, må være oppfylt på tilbudstidspunktet.
- (29) Konkurransegrunnlaget inneholdt ingen formuleringer som gjelder tidspunktet for når kravet om bransjestandard skulle være oppfylt. Ut fra ordlyden i konkurransegrunnlaget var det med andre ord ingenting som tilsa at kravspesifikasjonene skulle være oppfylt på et tidligere tidspunkt enn det som følger av hovedregelen, nemlig på kontraktsoppstarttidspunktet, jf. avsnittet over.
- (30) Spørsmålet blir da om det er andre forhold ved konkurransegrunnlaget som likevel tilsier at det i denne konkurransen gjaldt et krav om at kravet om bransjestandard skulle vært oppfylt allerede på tilbudstidspunktet.
- (31) Klagenemnda kan ikke se at det konkrete innholdet eller formålet med kravet om bransjestandard, kan tolkes som et krav om oppfyllelse på tilbudstidspunktet. Kravet knyttet seg til kvaliteten på den ytelsen tilbyder skulle levere og var ikke satt som et

kvalifikasjonskrav. At kravet var absolutt, understreker viktigheten av oppfyllelse, men sier i seg selv ikke noe om oppfyllestidspunktet.

- (32) Kravspesifikasjonen viste videre spesifikt til «den til enhver tid gjeldende bransjestandard» og til «at tekstiler vaskes etter denne standarden». Kravet var med andre ord dynamisk og viste at standarden kunne endre seg i kontraktperioden, men kravet gjaldt i hele kontraktperioden. Dette taler for at kravet først skulle oppfylles ved kontraktgjennomføringen.
- (33) I tabellen der de 18 kravspesifikasjonene fremgikk, var det som det fremgår av avsnitt 3 ovenfor, et eget felt for hvert krav der tilbyderne skulle bekrefte oppfyllelse. Det kunne gjøres ved å sette «en hake», signatur eller lignende tegn på bekreftelse. I tillegg var det for 5 av kravene, herunder kravet om bransjestandard, rett under feltet for bekreftelse, et felt for utfyllelse av vedlegg. Det var imidlertid ikke gitt noen veiledning om hvorfor eller hvordan feltet skulle fylles ut, eller om konsekvensene av ikke å fylle ut feltet. Verken tabellen i seg selv, eller det at det var et eget felt for utfylling av vedlegg vedrørende bransjestandard, kan tolkes i noen spesiell retning med hensyn til oppfyllestidspunkt.
- (34) Det var kun satt av 6 uker, inkludert jule- og nyttårshelg, mellom kunngjøringen 8. desember og tilbudsfristen 23. januar 2023. Det innebar at potensielle tilbydere som ikke allerede hadde godkjent bransjestandard, ville ha svært kort tid på seg for å oppnå godkjenning av NVK innen tilbudsfristen. Konkurransesyn tilsier at kontraktstidspunktet er avgjørende for oppfyllelse av kravet, når ikke annet er presisert.
- (35) I sak LH-2020-24313 kom lagmannsretten til at et krav om ekomnettautorisasjon måtte være oppfylt innen utløpet av tilbudsfristen, og at manglende oppfyllelse innebar et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Klagenemnda kan ikke se at den avgjørelsen er relevant for saken her blant annet fordi lagmannsretten la vesentlig vekt på at det i konkurransegrunnlaget fremgikk at «(m)anglende oppfyllelse av et eller flere A-krav eller B-krav, samt andre krav nevnt over vil medføre at tilbudet avvises fra konkurransen.». Konkurransesyn i nærværende sak inneholdt imidlertid ingen slike føringer.
- (36) Klagenemnda kan etter dette ikke se at konkurransegrunnlaget kan tolkes slik at kravet om bransjestandard i kravspesifikasjonen skulle vært oppfylt allerede på tilbudstidspunktet.
- (37) Klager bekreftet i tilbudet at det ville oppfylle kravet. Videre fremla klager et brev fra NVK der det fremgikk at klager hadde satt i gang tiltak for å tilfredsstille bransjestandarden, og at godkjenning gjennom ekstern revisjon var planlagt gjennomført i løpet av 1. kvartal 2023.
- (38) Denne bekreftelsen forplikter klager, og dokumentasjonen sannsynliggjør at kravet vil bli oppfylt innen kontraktstart som var satt til 1. mai 2023. Det understreker at innklagede kunne kreve oppfyllelse av kravet om bransjestandard i henhold til vilkåret satt i kravspesifikasjonen.
- (39) Klagenemnda er etter dette kommet til et annet resultat enn klagenemnda i sak 2023/313 og konkluderer med at det ikke foreligger noe avvik mellom klagers tilbud og anskaffelsesdokumentene jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b. Innklagede kunne etter dette

ved aksept av klagers tilbud kreve oppfyllelse av klager i henhold til kravspesifikasjonene, og klager skulle *ikke* vært avvist fra konkurransen.

- (40) Klager har for det tilfellet at man skulle få medhold i tilbudet ikke skulle vært avvist, også anført at innklagedes beslutning om å avlyse konkurransen, må omgjøres, jf. avsnitt 8 og 9 der det fremgår at avlysningen skjedde samtidig med at klager ble avvist 17. juli 2023 som følge av klagenemndas avgjørelse i sak 2023/313.
- (41) Det følger av forskriften § 25-4 (1) at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger «*saklig grunn*». Om det foreligger saklig grunn, avhenger av en totalvurdering av omstendighetene på tidspunktet for avlysningen. Det skal blant annet legges vekt på når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som ligger til grunn for avlysningen og hva oppdragsgiver ønsker å oppnå, jf. HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen*.
- (42) Innklagede avviste klager fra konkurransen, i tråd med klagenemndas avgjørelse i sak 2023/313, og stod dermed igjen med bare ett tilbud. Innklagede avlyste deretter konkurransen, med den begrunnelse at det bare gjensto ett tilbud, og at det var behov for å gjøre endringer i konkurransegrunnet.
- (43) Innklagede har selv aldri ment at kravet om bransjestandard skulle være oppfylt på tilbudstidspunktet og var ikke enig i klagenemndas avgjørelse i sak 2023/313. Innklagede rettet seg imidlertid etter nemndas tolkning og avgjørelse, og avviste klager fra konkurransen. På bakgrunn av dette mente innklagede at det var behov for å klargjøre det aktuelle kravet i kravspesifikasjonen, slik at det samsvarte med deres opprinnelige intensjoner.
- (44) Klagenemnda er kommet til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen på avlysningstidspunktet. Da avlysningen skjedde, var det for innklagede oppstått en reell rettslig usikkerhet, og Høyesterett har i HR-2019-1801-A avsnitt 88 uttalt at en slik usikkerhet som ikke er av bagatellmessig art, kan være saklig grunn til å avlyse en konkurranse. I tillegg kommer at avlysningen bygde på en oppfølging av nemndas vedtak, og at innklagede som følge av avvisningen av klager, kun stod igjen med kun ett tilbud. Gjenværende tilbud scoret også lavest på pris og kvalitet. Klagenemnda mener en avlysning også er best i samsvar med de grunnleggende prinsipper om konkurranse og likebehandling siden de to konkurrerende tilbydere nå, etter ulike og til dels motstridende avgjørelser som de selv ikke kan bebreides for, får mulighet til å konkurrere på ny.
- (45) Klagen har etter dette ført frem hva gjelder klagen over avvisningen, siden feilen kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Klagegebyret blir derfor å tilbakebetale, jf. klagenemdforskriften § 13.

Konklusjon:

Innklagede hadde ikke plikt til å avvise klagers tilbud, men hadde likevel saklig grunn til å avlyse konkurransen på avlysningstidspunktet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur