



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken Avvisning av tilbud.

gjelder:

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av samkjøpsavtale om trykkeritjenester og skilt. Klager anførte at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klagers tilbud. Klagenemnda kom til at klagers forbehold om å justere tilbudsprisen ved endringer i valutakursen for Euro, utgjorde et avvik som ikke var ubetydelig. Innklagede hadde dermed ikke brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 30. november 2020 i sak 2020/717

Klager: Imagon AS

Innklaget: Oslo kommune v/ Utviklings- og kompetanseetaten

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/ Utviklings- og kompetanseetaten (heretter *innklagede*) kunngjorde 28. mai 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om trykkeritjenester og skilt. Konkurransen ble avlyst, og kunngjort på nytt 25. juni 2020, som følge av en feil i prisskjemaet. Anskaffelsens samlede verdi ble estimert til 200 millioner kroner over fire år (2+1+1). Tilbudsfrist var 19. august 2020.
- (2) Anskaffelsen var delt inn i to delkontrakter, en som gjaldt «*Trykkeritjenester*», og en som gjaldt «*Skilt, montering og vedlikehold*». Det var kun anledning til å gi tilbud på én delkontrakt. Denne saken gjelder konkurransen om delkontrakten for «*Skilt, montering og vedlikehold*», som hadde en estimert verdi på 120 millioner kroner.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 fremgikk informasjon om oppdragsgiver:

«Utviklings- og kompetanseetaten, avdeling for konsernservice, har fått delegert myndighet til å inngå konsernovergripende rammeavtaler (heretter kalt samkjøpsavtaler) som forplikter alle kommunens virksomheter. Se organisasjonskartet under for oversikt over virksomhetene i Oslo kommune. Enkelte virksomheter er i dag forpliktet av egne avtaler på noen deler av avtaleområdene, og vil tilsluttes straks forpliktet avtaleperiode utløper.

Avdeling for konsernservice vil stå for både gjennomføringen av denne konkurransen og oppfølgingen av den samkjøpsavtalen som inngås for Oslo kommunes virksomheter. Den enkelte virksomhet gjør selv de bestillinger/avrop den har behov for på området avtalen dekker.»

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 1.3.2 («*Omfang*») var det opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå parallelle rammeavtaler med inntil tre leverandører per delkontrakt, forutsatt at det forelå et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud.
- (5) Blant anskaffelsesdokumentene inngikk «*Avtaledokument for samkjøpsavtale*», med tilhørende «*Standard kontraktsvilkår for Oslo kommunes kjøp av varer*» og et prisskjema som leverandørene skulle fylle ut.
- (6) I avtaledokumentet for samkjøpsavtale punkt 7.2 om pris fremgikk følgende:
- «Prisene som leverandøren oppgir i vedlagte prisskjema er maksimale priser som tilbys Oslo kommune.»*
- (7) I avtaledokumentet for samkjøpsavtale punkt 10.2, som gjaldt prisregulering, stod det at:
- «Prisene på de avtalte produkter skal være stabile eller reduseres, selv om kvalitet og ytelse på produktene øker i løpet av avtaleperioden.*
- Regulering av timepriser kan i opsjonsårene skje 1 gang pr. år basert på tolv måneders endringen for «Tjenester hvor arbeidskraft dominerer» fra statistisk sentralbyrå.*
- Første prisregulering kan tidligst iverksettes to år etter avtaleinngåelse. Eventuelle prisreguleringer skal ikke iverksettes før Oppdragsgiver har godkjent prisreguleringen.»*
- (8) I overskriften til det nevnte punkt 10.2, fremgikk en henvisning til «*standardvilkårene punkt 8.2*». I «*Standard kontraktsvilkår for Oslo kommunes kjøp av varer*» punkt 8.2, med overskriften «*Prisregulering*», var det fastslått at pris ikke er gjenstand for regulering «*med mindre annet er avtalt*».
- (9) Følgende syv leverandører leverte tilbud innen fristen: Imagon AS (heretter *klager*), Reklame Consult AS, Elektrovakuum AS, Eurosign AS, Preg Skilt og Design AS, Protector Skilt AS og Skiltforum AS.
- (10) I klagers tilbudsbrev fremgikk følgende:
- «Om noe er uklart eller om dere har spørsmål og kommentarer, er det bare å kontakte undertegnede når det måtte være. Tilbudte produktpriser og tjenester er oppført i prisskjemaet 10 Bilag 3 Prisskjema - Imagon» Alle priser er eks. mva. Alle priser er kalkulert med €=10,65, basert på valuta pr. 06.08.2020. Om € endrer seg +- 0,5 prosentpoeng, ber vi om forståelse for at vi kan endre prisene tilsvarende. Dvs. €=10,15-11,15.»*
- (11) Innklagede avviste klagers tilbud i brev datert 31. august 2020 på bakgrunn av at tilbudet inneholdt vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Av meddelelsen fremgikk følgende begrunnelse:
- «I tilbudsbrevet tar Imagon AS forbehold om at prisene skal kunne endres i samsvar med valutaendringer i euro på + og - 0,5%.*

Samkjøpsavtalens punkt 10.2 om prisregulering opplyser om følgende: «Prisene på de avtalte produkter skal være stabile eller reduseres, selv om kvalitet og ytelse på produktene øker i løpet av avtaleperioden.»

Prisreguleringsmekanismene er fastsatt i samme punkt og samkjøpsavtalen oppstiller ingen reguleringsmekanisme i tilknytning til valuta.

Oppdragsgiver har etter en konkret vurdering kommet til at forbeholdet er å anse som et vesentlig avvik fra konkurransedokumentene, jf. konkurransegrunnlagets punkt 3.9 og foa. § 24-8 (1) bokstav b.

Forbeholdet har betydning for prissettingen og vil etter sin art utgjøre en konkurransefordel for Imagon AS overfor de andre tilbyderne i konkurransen. Forbeholdet er ikke mulig å prissette og prisene som er inngitt av Imagon AS kan derfor ikke sammenliknes med øvrige priser som er inngitt i konkurransen.»

- (12) Klager påklaget avvisningen 7. september 2020. Innklagede opprettholdt avvisningen 15. september 2020.
- (13) I tildelingsbrevet datert 16. september 2020 ble det opplyst at innklagede ville inngå rammeavtaler med Eurosign AS, Electrovakuum AS og Preg Skilt og Design AS, rangert som nummer én, to og tre.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 27. september 2020. Innklagede har valgt å utsette kontraktsinngåelse til etter at saken er behandlet av klagenemnda. Saken har derfor vært prioritert.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. november 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen. Informasjonen om muligheten for å justere prisene som følge av svingninger i valutakursen kan ikke anses som et avvik. Dette er ikke ment som et forbehold, men som hensiktsmessig informasjon i en kontrakt der valutasvingninger kan bli aktuelt, og hvor eventuelle justeringer kan være til fordel for begge parter. Innklagede kunne ved evalueringen valgt å se bort fra setningen.
- (17) Forutsatt at denne informasjonen er å anse som et avvik, kan innklagede uansett ikke høres med at dette ikke kan prises. Innklagede kunne enkelt ha fjernet en eventuell usikkerhet ved å øke klagers pris med 0,5 prosent ved evalueringen.
- (18) Innklagede har uansett brutt regelverket ved ikke å foreta avklaringer rundt informasjonen om valutasvingninger i klagers tilbudsbrev. En plikt til å avklare før avvisning fremgikk av tidligere forskrift § 20-13 (2) bokstav a. Det anføres at dette også er gjeldende rett, men at det nå følger av forskriften § 23-5.
- (19) Innklagede har brutt prinsippet om likebehandling ved ikke å foreta avklaringer av forbeholdet i klagers tilbud, ettersom innklagede har avklart uklarheter i tilbudene til andre leverandører i konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Konkurranses grunnlaget stengte for å oppstille andre prisreguleringsmekanismer enn det innklagede hadde oppstilt i konkurransen. Klagers forbehold forskyver dermed en risiko for valutasingninger over på innklagede, i strid med konkurranses grunnlaget. Valutasingninger er uforutsigbare, og avviket kan dermed ikke prises på noen forsvarlig måte. Tilbudene kan dermed ikke sammenlignes, og innklagede hadde derfor en plikt til å avvise tilbudet, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (21) Subsidiært utgjør forbeholdet uansett et ikke ubetydelig avvik, som gir innklagede rett til å avvise klagers tilbud jf. forskriften § 24-8 (2) bokstav a).
- (22) Det bestrides at det forelå en plikt til å foreta avklaringer etter forskriften § 23-5, før klagers tilbud ble avvist. Forbeholdet i klagers tilbud utgjorde ikke en uklarhet, i motsetning til forholdene ved de andre tilbudene som ble avklart. Det foreligger derfor heller ingen forskjellsbehandling, i strid med likebehandlingsprinsippet.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av samkjøpsavtale om trykkeritjenester og skilt, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens samlede verdi er estimert til 200 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.

Avvisning av klagers tilbud

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.
- (25) Klagers tilbud ble avvist med grunnlag i forskriften § 24-8 (1) bokstav b). Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*». I forbindelse med klagebehandlingen har innklagede også vist til at oppdragsgiver «kan» avvise tilbud som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene som «*ikke må anses ubetydelige*», jf. forskriften § 24-8 (2) bokstav a).
- (26) Klager anfører at informasjonen om prisregulering i tilbudsbrevet må forstås som en forespørsel om muligheten for å foreta justeringer i prisen til fordel for begge parter, og ikke et forbehold som kan representere et avvik.
- (27) Et «avvik» foreligger der oppdragsgiver ikke kan kreve oppfyllelse av krav i anskaffelsesdokumentene dersom tilbudet antas, se Borgarting lagmannsretts dom i sak LB-2019-85112. Dette beror på en tolkning av konkurranses grunnlaget, sett opp mot det aktuelle tilbudet.
- (28) I avtaledokumentet punkt 10.2 fremgikk bestemmelser om prisregulering i kontraksperioden. Her ble det presisert at prisene skulle være stabile eller reduseres i løpet av avtaleperioden. Når det gjaldt avtalens tjenesteelement, fremgikk det at timeprisene kunne justeres en gang i året, men at første prisregulering tidligst kunne iverksettes to år etter avtaleinngåelse. Avtalen åpnet ikke for prisjusteringen som følge

av valutasvingninger. Eventuelle prisreguleringer i henhold til avtalen kunne heller ikke iverksettes uten oppdragsgivers samtykke.

(29) Av klagers tilbud fremgikk følgende:

«Tilbudte produktpriser og tjenester er oppført i prisskjemaet 10 Bilag 3 Prisskjema-Imagen» Alle priser er eks. mva. Alle priser er kalkulert med €=10,65, basert på valuta pr. 06.08.2020. Om € endrer seg +- 0,5 prosentpoeng, ber vi om forståelse for at vi kan endre prisene tilsvarende. Dvs. €=10,15-11,15.»

(30) Klager har forklart at dette ikke er ment som et forbehold. Tilbudet må imidlertid tolkes objektivt, og det er klager som har risikoen for eventuelle uklarheter i tilbudet, jf. forskriften § 23-3 (2). Klagenemnda forstår tilbuds brevet slik at klager forbeholder seg retten til å justere prisen på både kontraktens vare- og tjenesteelement, uten oppdragsgivers samtykke, ved svingninger i eurokursen. Dette er etter klagenemndas oppfatning et avvik fra konkurransedokumentene.

(31) Siden det er leverandøren som har risikoen for uklarheter i tilbudet, kan det heller ikke fastslås noen plikt for oppdragsgiver til å foreta avklaringer, jf. klagenemndas sak 2017/63 med videre henvisninger til NOU 2014:4 punkt 25.4.7.2. Slik saken er opplyst er det heller ikke holdepunkter for at manglende avklaringer av klagers tilbud er i strid med likebehandlingsprinsippet.

(32) Spørsmålet er dermed om avviket i klagers tilbud ga grunnlag for avvisning.

(33) Forskriften § 24-8 (2) bokstav a) gir innklagede en rett til å avvise tilbud som inneholder avvik som *«ikke må anses ubetydelige»*. Om grensen mot de ubetydelige feilene uttaler Forenklingsutvalget følgende i NOU 2014:4 punkt 25.4.7.1:

«Bestemmelsen er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet og hensynet til god forretningsskikk. Det oppstår således ikke avvisningsrett for mangler som er så små at de ikke har noen betydning for gjennomføringen av kontrakten, enten økonomisk eller av andre grunner. Terskelen for hva som kan regnes som ubetydelig er lav. Oppdragsgiver må selv kunne beslutte hva han skal anskaffe, og på hvilke vilkår.»

(34) Uttalelsene gjelder 2006-forskriften, men gjelder tilsvarende under dagens forskrift.

(35) Innklagede har i denne konkurransen lagt opp til at tilbyderne skulle prise inn risikoen for prisendringer i sine tilbud. Klagers forbehold om å gjøre justeringer i prisen har derfor en økonomisk betydning som måtte ha blitt priset dersom innklagede hadde til hensikt å ta tilbudet med videre i konkurransen, jf. NOU 2014:4 pkt. 25.4.5.2. Innklagede har vurdert det slik at avviket ikke kunne prises, fordi endringene i valutakursen er uforutsigbare. I utgangspunktet vil innklagedes standpunkt om at et avvik med økonomisk betydning ikke lar seg prise, være tilstrekkelig til at avviket må anses vesentlig, se klagenemndas sak 2017/63 avsnitt 36.

(36) Klagenemnda forstår imidlertid klager slik at man mener at avviket i denne saken både lar seg prise, og at innklagede også hadde en plikt til å prise avviket, all den tid den maksimale rammen for avvikets økonomiske betydning er angitt i tilbudet.

(37) Slik klagenemnda ser det kommer ikke dette på spissen i denne saken. Selv om den direkte økonomiske konsekvensen av forbeholdet kan tas høyde for ved å prise avviket,

vil en adgang for klager til å justere prisene sine fortløpende uansett være av betydning for gjennomføringen og håndhevelsen av kontrakten. At enklest mulig kontraktsoppfølging er av stor betydning i en parallell rammeavtale som inngås og håndheves sentralt, mens bestillerne befinner seg i forskjellige konsern i kommunen, er klart. Innklagede har i tråd med dette også eksplisitt fratatt leverandørene adgangen til å gjøre slike prisendringer i avtalen. Avviket er dermed uansett ikke ubetydelig, og innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud.

(38) Klagers anførsler har etter dette ikke ført frem.

Konklusjon:

Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk