



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende levering av høreapparater, tinnitusmaskere, høreapparatpropper, tilbehør og reparasjoner. Klagenemnda kom til at innklagedes avvisning av klagers tilbud på produktene Oticon Delta 6000 og Oticon Delta 8000 var berettiget med hjemmel i forskriften § 8-10 (1) bokstav d da det forelå et forbehold knyttet til prisene på produktene.*

**Klagenemndas avgjørelse 11. juni 2007 i sak 2007/11**

Klager: Oticon AS

Innklaget: NAV Drift og Utvikling

**Klagenemndas medlemmer:** Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl.

**Saken gjelder:** Avvisning.

**Bakgrunn:**

- (1) NAV Drift og Utvikling (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. august 2006 en åpen anbudskonkurranse vedrørende levering av høreapparater, tinnitusmaskere, høreapparatpropper, tilbehør og reparasjoner.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringen punkt II.2.1) ”Total mengde eller omfang”:  
*”Ca 60.000 høreapparater pr år (antall)  
Ca 330 mill NOK pr år for høreapparater  
Ca 6 mill NOK pr år for tinnitusmaskere”*
- (3) Kontraktens varighet var i kunngjøringen punkt II.3) angitt til å være fra 1. januar 2007 til 31. desember 2007. Det fremgikk videre av punkt II.2.2) at det var rett til ett års forlengelse av avtalen.
- (4) I konkurransegrunnlaget datert 11. juli 2007 het det i punkt 1.2 ”Oppdragsgiver – etablering av en ny arbeids- og velferdsforvaltning”:  
*”NAV presiserer at ytelsene på hjelpemiddelområdet korresponderer med lovfestede rettigheter for brukerne, og at det ikke er gitt noen signaler om at de berørte lovbestemmelsene vil bli endret som følge av etableringen av NAV.”*
- (5) Videre hitsettes fra punkt 3 ”LEVERINGSOMFANG – PRISER”:

*”3.1 Leveringsomfang*

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:  
postmottak@kofa.no  
Nettside: www.kofa.no

*NAV inviterer herved leverandører til å levere inn tilbud på produktområdet høreapparater, tinnitusmaskere, propper, tilbehør og reparasjoner. Produktenes nærmere spesifikasjoner fremgår av kravspesifikasjonen, bilag 1 til rammeavtalen.*

*Det kan bli inngått rammeavtaler med flere leverandører. Rammeavtalene vil ha varighet fra 1. januar 2007 til 31. desember 2007. Oppdragsgiver har rett til å forlenge avtalenes varighet med inntil ett år.*

*Rammeavtalene skal samlet dekke det totale behovet for høreapparater, tinnitusmaskere, propper, tilbehør og reparasjoner i perioden.*

*[...]*

*Det tas forbehold om at produktene som spesifiseres i dette konkurransegrunnlaget fortsatt dekkes i henhold til folketrygdloven.*

*[...]*

### *3.2 Priser*

*Prisene skal oppgis i de vedlagte tilbudsskjemaene. Oppdragsgiver har bedt om at priser spesifiseres i kategorier, basert på forutsetninger om forventet salgsvolum for hvert enkelt produkt.*

*[...]*

#### *3.2.3 Prisjustering*

*Prisene, jf Pkt 3.2.1, kan justeres i henhold til rammeavtalens punkt 6.2 og 6.3. For anvendelse av valutaklausulen i rammeavtalens punkt 6.3, er det nødvendig at tilbydereren angir den aktuelle valutaen. Dette skal gjøres i de berørte kolonnene i tilbudsskjemaet (Bilag 2).*

*Norges Banks midtkurs 8. september 2006 skal legges til grunn ved utarbeidelsen av tilbudet. Denne kursen utgjør basiskursen ved kontraktsinngåelse.”*

- (6) Det fremgikk blant annet om forbehold og avvisning i konkurransegrunnlaget punkt 4 ”Gjennomføring av konkurransen”:

*”4.9 Forbehold fra tilbyder*

*[...]*

*Forbehold skal være presise og entydige slik at oppdragsgiveren kan vurdere disse uten kontakt med tilbyder. Hvis det på grunn av forbehold kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, vil tilbudet bli avvist, jf punkt 4.13 nedenfor og forskriften § 8-10 (1) bokstav d).”*

- (7) Tildelingskriteriene fulgte av konkurransegrunnlaget punkt 4.15, hvor det ble opplyst at innklagede ville velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på kriteriene

*”Funksjonelle egenskaper”, ”Totalkostnad for oppdragsgiver”, ”Brukervennlighet” og ”Estetikk”. Tildelingskriteriene var oppgitt i prioritert rekkefølge.*

- (8) I bilag til konkurransegrunnlaget, *”Rammeavtale om kjøp av høreapparater, tinnitusmaskere, propper, tilbehør og reparasjoner”*, het det:

*”1.2 Forbehold om bevilgninger*

*Rammeavtalen er inngått med forbehold om at Stortinget, så lenge rammeavtalen løper, bevilger de nødvendige midler til gjennomføring av rammeavtalen.”*

- (9) Samme sted het det i punkt 6 *”VEDERLAG OG BETALINGSBETINGELSER”*:

*”6.2 Prisendring*

*Videre kan prisjustering skje på grunnlag av endringer i Statistisk sentralbyrås konsumprisindeks.*

*[...]*

*6.3 Prisjustering på grunnlag av endringer i valutakurser*

*Dersom kursverdien mellom ... og NOK endres med mer enn 6 % i forhold til basiskursen (dvs Norges Banks midtkurs som ble brukt som grunnlag ved innlevering av tilbud) i minst 10 påfølgende arbeidsdager, kan hver av partene kreve prisene justert med 50 % av valutakursendringen. Norges Banks midtkurs er ny basiskurs etter justeringen”.*

- (10) Oticon AS (heretter kalt klager) innga tilbud 15. oktober 2006. I tilbudet på levering av høreapparater fremgikk det følgende om tilbudte produkter:

*”Oticon Delta (6000 og 8000)*

*[...]*

*Modellserien tilbys i 2 versjoner, hvor Oticon Delta 6000 har blitt presset ned til en pris tilsvarende ingen brukerbetaling, mens det for Oticon Delta 8000 vil være en forholdsvis beskjeden egenandel på ca. kr. 400,-. (Alle antydninger om priser og egenandeler er forutsatt det som foreligger av informasjon i skrivende stund, og vil ikke være garantert dersom rammebetingelsene skulle endre seg før anbudets ikrafttreden).”*

- (11) Tilbudsprisene fremgikk av matrise vedlagt tilbudet, hvor det ikke var sagt noe annet enn pris eks mva, pris inkl mva og egenandel.

- (12) I innklagedes dokument *”Anskaffelse av høreapparat – telefonreferat”* datert 27. oktober 2006 het det:

*”PROBLEMSTILLING*

*Et av de innsendte tilbud i åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av høreapparater inneholdt et uklart forbehold, som oppdragsgiver ønsket å avklare ihht forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1.*

*Forbeholdet man ønsket å avklare var plassert i tilbudsbrevet, under beskrivelse av et bestemt produkt. Uklarheten baserte seg på den generelle utformingen av forbeholdet, og oppdragsgiver var usikker på om forbeholdet gjaldt kun de bestemte apparatene eller om det også gjaldt alle de øvrige produktene. Ordlyden i forbeholdet var "Alle antydninger om priser og egenandeler..."*

#### TELEFONSAMTALEN

[...]

*Nustad stiller så spørsmål til Osen – gjelder forbeholdet som er plassert under produktet Oticon Delta kun for Oticon Delta produktene? Dette svarer Osen ja på."*

(13) Fra brev til klager fra innklagede datert 3. november 2006 hitsettes:

*"Tilbudsåpning ble foretatt 18.10. og 19.10.06. I forbindelse med gjennomgang av de ulike krav som ble stilt i anbudspapirene, hadde Deres tilbud anmerkninger:*

- *Tilbudsbrev, i følge Konkurranses grunnlagets pkt. 5.1, tar vesentlige forbehold. Forbeholdet er bekreftet knyttet til produktserien Delta, se vedlagt referat fra telefonsamtale som ble gjennomført 27.10.06 mellom Lars Martin Osen i Oticon og Paal Nustad og Trine Amundsen i NAV Drift og Utvikling.*

[...]

*Produktserien Delta (Delta 6000 og Delta 8000) avvises med hjemmel i Forskrift om offentlige anskaffelser, § 8-10 (1) d). Det understrekes at avvisningen kun gjelder denne produktserien."*

(14) Klager påklaget avvisningen til innklagede i brev av 8. desember 2006.

(15) Klagen ble avvist i brev fra innklagede til klager av 10. januar 2007.

(16) Klage ble inngitt til klagenemnda 17. januar 2007.

#### **Anførsler:**

*Klagers anførsler:*

(17) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 8-10 ved å avvise tilbudet fra klager hva gjaldt Oticon Delta 6000 og Oticon Delta 8000.

(18) Det var ikke tatt forbehold i tilbudet som skulle medført avvisning. For at det skal foreligge et forbehold, må tilbudet legge til grunn en annen risikofordeling mellom partene enn det som følger av konkurransegrunnlaget. Dette er ikke tilfelle.

(19) Det siterte avsnittet i tilbudet viser til en situasjon der "rammebetingelsene skulle endre seg". Rammebetingelsene er gitt i konkurransegrunnlaget, blant annet i punkt 3 "Leveringsomfang" og punkt 3.2 "Priser", samt i rammeavtalen vedlagt konkurransegrunnlaget, jf pkt. 1.2 "Forbehold om bevilgninger". Konkurranses grunnlaget viste til, som en rammebetingelse, at det ikke foreligger signaler om at lovbestemmelsene som vedrører anskaffelsen blir endret som følge av

etableringen av NAV. Videre tas det et forbehold om at folketrygdloven fortsatt dekker produktene anskaffelsen omfatter, og i tillegg tas det forbehold om nødvendige bevilgninger fra Stortinget.

- (20) Den aktuelle setningen i klagers tilbud som er tolket som et forbehold, må leses i sammenheng med setningen foran i samme avsnitt. Det som er ment, er at prisene kunden skal betale, altså egenandelen, vil påvirkes av endrede forutsetninger i rammebetingelsene. Som eksempler på slike rammebetingelser vil bevilgninger fra Stortinget og endringer i lovgivningen være relevante. Selve produktprisen står ikke i det aktuelle avsnittet, men er tatt inn i en helt annen del av tilbudet. Det er urimelig å lese det siterte avsnittet slik at det også skal gjelde for tilbudsprisen angitt i en annen del av tilbudet. At egenandelprisene bare er veiledende, skyldes mulige endringer i rammebetingelsene. Det man konkurrerte på var prisene til oppdragsgiver, ikke egenandelsprisene.
- (21) Siden det er en anbudskonkurranse er det ikke nødvendigvis avgjørende hva tilbyder har ment med det som står skrevet. Det må også tillegges stor vekt hva som semantisk kan utledes av ordlyden. I den aktuelle setningen sies det at prisene ikke er ”*garantert*” dersom rammebetingelsene endrer seg før ”*anbudets ikrafttreden*”.
- (22) At prisen ikke er ”*garantert*”, betyr ikke nødvendigvis at den *skal* endres. Det må bety at den *kanskje* vil endres, i den ene eller den andre retning. Om den *skal* endres, vil være et annet spørsmål, som i så fall bør løses ut fra læren om bristende forutsetninger. Dersom noen av forutsetningene angitt i konkurransegrunnlaget endres, kan det foreligge bristende forutsetninger som gjør at tilbyder ikke lenger er bundet av prisene. Det vil da være tillatt å gjøre en prisjustering. Men dette gjelder uavhengig av om en tilbyder tar et forbehold mot bristende forutsetninger, eller om han ikke gjør det. Læren om bristende forutsetninger gjelder jo ikke bare for inngåtte avtaler, men også for løfter. Klager kan derfor ikke se at ordlyden må forstås slik at man endrer det som avtalerettslig uansett vil gjelde mellom partene.
- (23) Etter sin ordlyd gjelder videre setningen som er påberopt som forbehold frem til ”*anbudets ikrafttreden*”. Det må være tilbudsfristens utløp, siden det etter dette tidspunktet ikke lenger er anledning til å trekke tilbudet tilbake. At en leverandør kan gjøre endringer i tilbudet frem til tilbudsfristens utløp, er forutsatt i anskaffelsesforskriften, og kan således ikke utgjøre et forbehold.
- (24) For det tilfelle at klagenemnda skulle mene at det foreligger et forbehold, er neste spørsmål om forbeholdet er av en slik betydning at det må innebære obligatorisk avvisning, jf at hjemmelen for avvisning er forskriften § 8-10 (1) d).
- (25) Dersom man ikke skulle ta setningen på ordet, slik at setningen bare har virkning frem til tilbudsfristens utløp, vil den alternative forståelsen være at setningen har virkning frem til det tidspunkt kontrakten trer i kraft. Dette vil være et kort tidsrom, opprinnelig bare ment å vare noen uker. Betydningen må da anses som både overskuelig og av liten betydning. Dette kan etter klagers oppfatning ikke betinge noen obligatorisk avvisning.
- (26) Selv for det tilfelle at man skulle legge til grunn at setningen, i strid med egen ordlyd, skal forstås som å gjelde i hele kontraktens levertid, mener klager at det ikke

kan anses som noe forbehold som medfører obligatorisk avvisning. De økonomiske konsekvensene av setningen ville uansett måtte anses som relativt ubetydelige, og ikke av en slik art at det medfører tvil om rangeringen av tilbudene.

*Innklagede har i det vesentlige anført:*

- (27) Innklagede anfører at det var plikt til å avvise den delen av klagers tilbud som gjaldt Oticon Delta 6000 og 8000, da den bestridte passus i klagers tilbud må anses som et forbehold som kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf forskriften § 8-10 (1) bokstav d.
- (28) Tilbudets ordlyd medførte en annen risikofordeling mellom partene enn konkurransegrunnlaget forutsatte. Det vises til rammeavtalens pkt. 6.2 og 6.3 om prisjustering i avtaleperioden. Oppdragsgiver har angitt to eksplisitte prisjusteringsbestemmelser, som er ment å være uttømmende. Klagers formulering viser klart og tydelig at klager forutsetter at prisene også skal kunne justeres på andre grunnlag enn de som var angitt i konkurransegrunnlaget. Det kan ikke være tvilsomt at dette må anses som et forbehold. Dette underbygges for det første med at klagers tilbudsbrev ikke beskriver nærmere hvilke rammebetingelser som kan endre seg før tilbyder eventuelt kunne endre sine inngitte priser innen anbudets ikrafttreden. For det andre, dersom det var klart hvilke rammebetingelser det ble siktet til, ville det være uklart hvordan dette ville ha påvirket de tilbudte priser gjennom en eventuell avtaleperiode. For andre leverandører ville prisen ligge fast hele avtaleperioden, med unntak av konkurransegrunnlagets oppstilte prisreguleringsmekanismer. Dette var også innklagedes forutsetning. For klagers del var derimot forbeholdet noe som ikke kunne prissettes, og det er da umulig å sammenlikne denne delen av tilbudet med tilbud fra andre leverandører.
- (29) At konkurransegrunnlaget viser til forbehold om bevilgninger og forbehold om at produktene fortsatt dekkes i henhold til folketrygdloven, samt at det ikke er gitt noen signaler om at de berørte lovbestemmelsene vil bli endret som følge av NAV-reformen, kan ikke endre dette.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter konkurransegrunnlaget forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I og II, og klagenemnda legger dette til grunn i sin vurdering.
- (31) Forskriften § 8-10 (1) bokstav d bestemmer at et tilbud skal avvises når det på grunn av *”forbehold eller på grunn av feil, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene”*. Ordlyden innebærer at leverandørene har risikoen for at tilbudet er avgitt på en slik måte, både med hensyn til innhold og rekkevidde, at det er klart hvordan det skal bedømmes.
- (32) I den foreliggende sak innga klager et tilbud der det i tilknytning til tilbudte produkter Oticon Delta 6000 og Oticon Delta 8000 var uttalt at *”Alle antydninger om priser og egenandeler er forutsatt det som foreligger av informasjon i skrivende stund, og vil ikke være garantert dersom rammebetingelsene skulle endre seg før anbudets ikrafttreden.”* Denne delen av tilbudet ble avvist på grunnlag av innklagede

fant at denne setningen medførte et prisforbehold som ikke var dekket av de prisreguleringer som kunne gjøres i medhold av konkurransegrunnlaget, jf innklagedes brev til klager av 3. november 2006 og innklagedes tilsvaer til klagenemnda av 13. februar 2007.

- (33) Klagenemnda finner at den omstridte formuleringen må anses for å være et forbehold, idet den innebærer et visst avvik fra bestemmelsen om priser og prisjustering i konkurransegrunnlaget pkt. 3.2 og 3.2.3. Forbeholdet gjør det uklart hvordan tilbudets pris skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbud, både ved at det er usikkert hvilke rammebetingelser som skulle endre seg og hvordan eventuelle endringer vil påvirke prisen.
- (34) Klagenemnda finner på dette grunnlag at innklagedes avvisning av klagers tilbud for så vidt gjelder de omtalte produkter var berettiget med hjemmel i forskriften § 8-10 (1) bokstav d.

### **Konklusjon**

NAV Drift og Utvikling har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å avvise tilbudet fra Oticon AS på produktene Oticon Delta 6000 og Oticon Delta 8000.

For klagenemnda  
11. juni 2007

Andreas Wahl