



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for oversettelse av dokumenter og håndbøker fra norsk til engelsk. Klagenemnda fant at kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 var brutt ved at innklagede ikke hadde godtgjort at klagers forbehold om minstepris var forsøkt prissatt. Videre fant nemnda at forskriftens § 11-14 (2) bokstav c var brutt ved at innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør før klager fikk melding om at hans tilbud var avvist. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 24. november 2008 i sak 2008/105

Klager: Amesto Translations AS

Innklaget: Statens vegvesen

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Melding om avvisningsbeslutning.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. februar 2008 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for oversettelse av dokumenter og håndbøker fra norsk til engelsk.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt B.5, fremgikk det at kontrakt ville bli tildelt det økonomiske mest fordelaktige tilbud, basert på følgende tildelingskriterier:

- ”Pris jfr. kap C.3 60 %
- Tilbudt personell kompetanse 40 %”

- (3) Fra konkurransegrunnlagets punkt C ”Kravspesifikasjon”, hitsettes punkt C.3 ”Priser”:

”Priser skal oppgis pr ord.

(Antall ord telles i originaldokument på norsk)

Priser skal være i NOK ekskl. merverdiavgift

Navn på person	Pris pr ord ekskl. MVA i NOK ved arbeider opp til 500 ord	Pris pr ord ekskl. MVA i NOK ved arbeider over 500 ord

- (4) Innen tilbudsfristens utløp 28. mars 2008 mottok innklagede seks tilbud, herunder fra Amesto Translations (heretter kalt klager). Klagers tilbud var ett av fire tilbud som ble avvist.
- (5) Fra klagers tilbud hitsettes pristilbudet:

Navn på person	Pris pr ord ekskl. MVA i NOK ved arbeider opp til 500 ord	Pris pr ord ekskl. MVA i NOK ved arbeider over 500 ord
Runar Fergus	Kr. (...) minstepris kr. (...)*	Kr. (...)
Susan Davies	Kr. (...) minstepris kr. (...)*	Kr. (...)
Andre relevante norsk-engelsk-oversettere ved behov	Kr. (...) minstepris kr. (...)*	Kr. (...)

**Minstepris gjelder for jobber under 320 ord. Minsteprisen er også identisk med timeprisen vi tilbyr Statens vegvesen Vegdirektoratet."*

- (6) Kontrakt med Akasie kurs og veiledning (heretter kalt valgte leverandør) ble inngått 15. april 2008.
- (7) I brev av 23. april 2008 informerte innklagede om at klagers tilbud var avvist. Fra brevet hitsettes:

"Vi beklager å måtte meddele at Deres tilbud er avvist.

Tilbudet avvises med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 20-13 (1) f.

Avvisning skjer fordi forbehold om minstepris er lagt inn i pris. Det er da ikke mulig å sammenligne priser som forutsatt i innbydelsen."

- (8) I e-post fra klager av 28. april 2008 ble innklagede bedt om å vurdere avvisningen på nytt, men innklagede opprettholdt avvisningsbeslutningen i e-post av 29. april 2008.
- (9) I e-post av 30. april informerte klager om at han ville sende en formell klage på avslaget, og bad om å få oppgitt klagefristen. I e-post av 2. mai 2008 fikk klager beskjed om at klagen burde sendes *"så fort som mulig."*
- (10) Klager bad om å få oppgitt datoen for klagefristen i e-post av 5. mai 2008. I e-post av 8. mai 2008 ble klager gitt klagefrist til 23. mai 2008, og fra e-posten hitsettes:

"Vi beklager innledningsvis at det ikke ble oppgitt noen klagefrist i avvisningsbrevet. Tildelingsbeslutningen ble sendt ut 23. april 2008. Av denne gikk det frem at klagefristen i tildelingsbeslutningen var satt til 10 dager.

Deres første e-posthenvendelse ble mottatt hos oss innenfor klagefristen som var satt i tildelingsbeslutningen. Etter å ha behandlet denne, ble det gitt en utfyllende begrunnelse

av Sven Olav Næss i e-post datert 29. april 2008, som er gjengitt nedenfor. Av denne begrunnelsen fremgår det at vi ikke ser grunnlag for å omgjøre tildelingsbeslutningen.

På denne bakgrunn er kontrakt nå inngått med Akasie kurs og veiledning.

En klage fra dere vil fremdeles kunne behandles med tanke på eventuell erstatning om negativ eller positiv kontraktsinteresse. Dersom det er ønskelig at vi behandler en slik klage, ber vi om at denne fremsettes til oss så snart som mulig og senest innen 23. mai 2008.”

(11) I brev av 15. mai 2008 påklaget klager avvisningsbeslutningen.

(12) I brev av 10. juni 2008 fastholdt innklagede avvisningsbeslutningen. Fra brevet hitsettes:

”Statens vegvesen fastholder at tilbudet fra Amesto Translations skal avvises. Det er riktig at grunnlaget er § 11-11 (1) litra f, men denne bestemmelsen er innholdsmessig lik den bestemmelsen som er benyttet.

[...]

Forbeholdet berører et grunnleggende element ved tilbudet ettersom prisen står sentralt i vurderingen. Forbeholdet må derfor anses å være vesentlig, og skal følgelig også avvises etter forskriftens § 11-11 litra d.”

(13) Saken ble brakt inn for klagenemnda i e-post av 19. juni 2008.

(14) I e-post av 13. november 2008 bad klagenemndas sekretariat om en bekreftelse på at klager opprettholdt en av sine anførsler, og i tilfelle en presisering av denne anførselen. En slik bekreftelse og presisering ble gitt i e-poster av 13. og 14. november 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(15) Innklagede hadde ikke grunnlag for å avvise klagers tilbud. Dette fordi opplysningen om minstepris ikke var et avvik eller forbehold, men kun en opplysning utover det minimum av opplysninger innklagede bad om. En opplysning om minstepris medførte ikke tvil om hvordan tilbudet skulle forstås, tvert imot var pristilbudet presist angitt. Ved sammenlikning med andre tilbud kunne innklagede legge til grunn at prisen for oppdrag under 320 ord (ca 1,5 side), ikke gikk under kr (...).

(16) Uansett er det prisen per ord som er relevant for innklagedes utgifter, og som må legges til grunn ved sammenlikningen av pristilbudene. Minsteprisen/startprisen slår kun inn ved de helt små oppdragene, og kan ikke ha betydning for hvordan klagers pristilbud rangeres. Selv om innklagede ikke detaljert vet hvordan oppdragene fordeler seg med hensyn til antall ord, har man åpenbart et anslag ettersom man har bedt om separate pristilbud for arbeider over og under 500 ord. Innklagede plikter å vurdere virkningen av minsteprisen i tildelingsvurderingen.

(17) Avtaler om oversettelsestjenester uten bestemmelser om minstepris, er svært uvanlig i bransjen. Også innklagedes gjeldende avtale med klager inneholder en bestemmelse om

minstepris. Det må derfor ha vært påregnelig for innklagede at tilbudene ville inneholde minstepriser, og dersom innklagede ønsket å avskjære minstepriser burde dette vært opplyst i konkurransegrunnlaget.

- (18) Videre anføres det at innklagede ikke underrettet klager om avvisningsbeslutningen snarest mulig. En underretning om avvisning må sendes så tidlig at det er tid til en rimelig klagefrist og behandling av klage over beslutningen, slik at en tilbyder vil kunne delta i konkurransen dersom klage fører frem. En underretning samtidig med tildelingsbeslutningen eller ved kontraktsinngåelsen vil være for sent, da tilbyder ikke får mulighet til å bli evaluert selv om avvisningen viser seg å være uriktig.
- (19) Det vises til forskriftens § 11-13 (1), hvor det fremgår at oppdragsgiver "*snarest mulig*" skal ta stilling til spørsmålet om avvisning. Begrepet "*snarest mulig*" innebærer at innklagede etter åpning av tilbudene hadde en plikt til å sjekke om noen av tilbudene skulle avvises. Eventuell avvisning skal skje før tilbudene vurderes opp mot tildelingskriteriene.
- (20) Etter annet ledd i forskriftens § 11-13 (2), skal leverandøren som blir avvist informeres "*snarest mulig*", jf § 11-14 (2). Hensynet bak denne regelen er at leverandøren skal ha mulighet til å klage på avvisningen i tide til å bli med på selve tildelingsevalueringen dersom avvisningen var feil.
- (21) Klager ble informert om avvisningen i brev av 23. april 2008, og tildelingsbeslutning ble sendt ut samme dag. Imidlertid fikk klager ikke beskjed om tildelingen og det ble heller ikke satt noen frist for å klage på avvisningen. Først etter en lang korrespondanse på e-post fikk klager oppgitt en klagefrist. Selv om forskriften ikke har egne regler for klagefrist ved avvisning av tilbud, følger det av kravet til forsvarlig saksbehandling at det skal settes en klagefrist som sikrer at leverandøren i god tid før tildelingsbeslutningen får en mulighet til å ivareta sine interesser.

Innklagedes anførsler:

- (22) Det er riktig at kontrakt ble inngått før avvisnings- og tildelingsbeslutning ble sendt ut til leverandørene, og at tildelingsbeslutningen aldri ble sendt ut til de leverandørene som ble avvist fra konkurransen.
- (23) Avvisningsgrunnlaget knytter seg til vurderingen av tilbudet til Amesto Translations knyttet opp mot de andre tilbudene. Innklagede kunne derfor ikke med sikkerhet vite at tilbudet skulle avvises før under evalueringen av tilbudt pris. Beslutningene om avvisning og tildelingsbeslutningen ble av denne grunn tatt med korte mellomrom. Regelverket krever ikke at leverandørene skal gis adgang til å klage over avvisningen før tildelingsbeslutning fattes.
- (24) Det er imidlertid et krav om klageadgang før kontrakt inngås. Beslutningene ble ikke formidlet til leverandørene før etter at kontrakt var inngått, og de ble derfor ikke gitt en reell klageadgang. Innklagede erkjenner at dette er et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.
- (25) Det bestrides at klagers tilbud ikke skulle vært avvist. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det klart at prisen skulle oppgis som pris per ord. Klagers minstepris viste at klager ikke utførte oppdrag under kr (...) per enhet, og måtte derfor anses som et

forbehold. Ettersom forbeholdet knyttet seg til pris, som var et sentralt element i vurderingen, måtte forbeholdet anses å være vesentlig, jf forskriftens § 11-11 (1) bokstav d.

- (26) Videre medførte minsteprisen at tilbudet ikke uten videre kunne vurderes mot de øvrige tilbudene i konkurransen. Innklagede visste ikke i hvilket omfang det ville oppstå oppdrag på under 320 ord, som var grensen for minsteprisen. Differansen på tilbudene var liten både hva gjaldt pris og kompetanse, og det kunne således ikke utelukkes at usikkerheten knyttet til vurderingen av pris på tilbudet fra klager kunne få betydning for rangeringen av tilbudene. Tilbudet måtte derfor avvises etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav f.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste etter forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 vedlegg 6 kategori 27. Dette medfører at anskaffelsen følger reglene i forskriftens del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 (5) og 2-2.

Hvorvidt det var riktig av innklagede å avvise klagers tilbud

- (28) Innklagede har anført at klagers tilbud skal avvises etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav d, hvor det fremgår at et tilbud skal avvises dersom det inneholder "*vesentlige forbehold*" mot kontraktsvilkårene. For å finne ut om et forbehold er vesentlig, må det gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, jf FAD Veileder s 162. I den foreliggende sak har innklagede vist til at forbeholdet om minstepris berører et grunnleggende element ved tilbudet da prisen står sentralt i vurderingen, og at forbeholdet derfor må anses som vesentlig. Etter klagenemndas syn vil ikke ethvert forbehold om pris være å anse som vesentlig. Oppdragsgiver må derfor gjøre en konkret vurdering av om dette er tilfelle. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har sannsynliggjort at det er foretatt en konkret vurdering av om forbeholdet om minstepris er å anse som vesentlig. Innklagede hadde således ikke grunnlag for å avvise tilbudet på dette grunnlag etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav d.
- (29) Innklagede har anført at klagers tilbud skal avvises etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav f, hvor det fremgår at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når det på grunn av "*forbehold ... i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene*".
- (30) Etter klagenemndas syn fremgår det klart av konkurransegrunnlaget at pris skal oppgis per ord. Videre fremgår det at tilbyder kan oppgi én pris per ord for oppdrag under 500 ord, og en annen pris per ord for oppdrag over 500 ord. I tillegg til å oppgi pris per ord i de to kategoriene, har klager imidlertid også oppgitt en minstepris for oppdrag under 320 ord. Innklagede har begrunnet avvisningen av klagers tilbud med at forbehold om minstepris var lagt inn i pris, og at det derfor ikke var mulig å sammenligne priser som forutsatt i konkurransegrunnlaget. Av klagenemndas praksis følger det at oppdragsgiver i utgangspunktet må forsøke å prissette et forbehold som ikke er vesentlig. Dersom forbeholdet kan prissettes, vil det normalt ikke kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. klagenemndas saker 2005/16 (premiss 24) og 2005/49 (premiss 29). Ut fra den fremlagte dokumentasjon kan

klagenemnda ikke se at det er godtgjort at innklagede har forsøkt å prissette klagers forbehold om minstepris. Unnlatelsen av å forsøke å prissette forbeholdet, var etter klagenemndas syn uforsvarlig og i strid med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Ettersom det ikke er avklart hvorvidt klagers forbehold kan prissettes, har nemnda ikke grunnlag for å vurdere om klagers tilbud rettmessig ble avvist etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav f.

Tidspunktet for meddelelsen om at klagers tilbud var avvist

- (31) Klager har anført at innklagede ikke underrettet selskapet om avvisningsbeslutningen snarest mulig. En underretning samtidig med tildelingsbeslutningen eller ved kontraktsinngåelsen vil etter klagers oppfatning være for sent, da tilbyder ikke får mulighet til å bli evaluert selv om avvisningen viser seg å være uriktig. Det er på det rene at kontrakten med valgte leverandør ble inngått 15. april 2008, mens klager først ble meddelt at selskapets tilbud var avvist den 23. april 2008.
- (32) Av forskriftens § 11-14 (2) bokstav c fremgår det at oppdragsgiver "*snarest mulig*" skal gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist.
- (33) I klagenemndas sak 2008/32 (premiss 43), ble det lagt til grunn at en leverandør som er avvist har klagerett. For at klageretten skal være reell, og ikke bli illusorisk, må kontrakt med valgte leverandør ikke inngås før eventuelle klager fra de øvrige leverandørene er ferdigbehandlet hos oppdragsgiver, jf. klagenemndas sak 2008/32 (premiss 44) og EF-domstolens sak C-81/98 "*Alcatel*".
- (34) Av dette følger det at en melding om avvisning i alle fall må gis før kontraktsinngåelse. Dette innebærer at innklagede har brutt forskriftens § 11-14 (2) bokstav c ved ikke å gi klager melding om avvisningen før kontrakt ble inngått. Dette er for så vidt også erkjent av innklagede i tilsvaret for klagenemnda.
- (35) Spørsmålet blir så om innklagede også hadde plikt til å gi meldingen om avvisning tidnok til at innklagede ville kunne behandle en klage på avvisningen før tildelingsbeslutningen ble fattet.
- (36) Poenget med begrunnelsesplikten ved avvisning av tilbud, er at "*den aktuelle leverandøren skal kunne ta stilling til om tilbodet er avvist på rett grunnlag, og om det er grunnlag for å setje i verk tiltak for å få avgjerda omgjord eller anskaffingsprosedyren stansa,*" jf FAD Veileder s 203.
- (37) I den foreliggende sak var det først under evalueringen av tildelingskriteriet "*pris*", at det ble klart at klagers tilbud skulle avvises. Så lenge en klage på en avvisningsbeslutning blir behandlet før kontraktsinngåelse, vil tilbyderen få anledning til å være med i konkurransen dersom avvisningen viser seg å være uriktig, samt få anledning til å sette i verk tiltak for å få stanset anskaffelsesprosedyren. Videre har oppdragsgiver plikt til å fastsette en ny klagefrist dersom en klagebehandling fører til en ny tildelingsbeslutning, jf klagenemndas sak 2005/97 (premiss 22). På bakgrunn av dette kan klagenemnda ikke se at det var i strid med forskriftens § 11-14 (2) bokstav c, at klager ikke ble underrettet om avvisningsbeslutningen på et så tidlig tidspunkt at klage på avvisningen kunne blitt behandlet før tildelingsbeslutning ble fattet.

Konklusjon:

Statens vegvesen har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, ved å ikke godtgjøre at klagers forbehold om minstepris ble forsøkt prissatt.

Statens vegvesen har brutt forskriftens § 11-14 (2) bokstav c, ved å inngå kontrakt med valgte leverandør før klager fikk melding om avvisningsbeslutningen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
24. november 2008

Andreas Wahl