



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av drift og support av IT-løsning. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å ha vektlagt pris for opsjonsårene ved evalueringen av tildelingskriteriet "Pris".

Klagenemndas avgjørelse 14. juni 2010 i sak 2009/220

Klager: 99X AS

Innklaget: NOVA

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Jakob Wahl og Per Christiansen

Saken gjelder: Evaluering av opsjon

Bakgrunn:

- (1) Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring - NOVA (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 6. april 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av drift og support av IT-løsning. Tilbudsfrist var 7. mai 2009, jf kunngjøringstekstens punkt IV3.4). I henhold til anskaffelsesprotokollen var anskaffelsens omfang anslått til å utgjøre mellom 1- 1 500 000 kroner per år.
- (2) I kunngjøringstekstens punkt II.2) "Kontraktens mengde eller omfang" fremgår det i punkt II.2.2) "Opsjoner" at "Avtalen inngås for en periode på 2 år, med opsjon på ytterligere 2 år (1+1)".
- (3) I kunngjøringstekstens punkt II.3) "Kontraktens varighet eller tidsfrist for ferdigstillelse" er det oppgitt at varighet fra kontraktstildeling er 24 måneder.
- (4) I konkurransegrunnlagets punkt 1 "Innledning" fremgår det i punkt 1.2 "Orientering om anskaffelsen" at "avtalen skal inngås for en periode på 2 år, med opsjon på ytterligere 2 år (1+1).
- (5) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "Kvalitet og leveringsdyktighet", "Pris" og "Fleksibilitet", jf konkurransegrunnlagets punkt 7.1 "Tildelingen". For tildelingskriteriet "Pris" var det oppgitt at leverandøren måtte spesifisere prisene i vedlagte prisskjema. Videre fremgikk det at leverandørene måtte spesifisere andre eventuelle kostnader dersom leverandørene mente at andre uforutsette kostnader kunne påløpe, og at prisene skulle "baseres på 115 brukere / to lokale servere (applikasjon-/fil-/database- server)".

- (6) I vedlagt prisskjema, vedlegg 4 til konkurransegrunnlaget, skulle leverandørene oppgi "*Pris pr. mnd*" per tilbudt tjeneste og totalpris benevnt "*Sum pr. måned*". Det fremgikk avslutningsvis av prisskjemaet at "*Prisskjema må benyttes som utgangspunkt, men det er mulig for tilbyder å tilpasse skjemaet etter behov.*"
- (7) Innenfor tilbudsfristens utløp mottok innklagede fire tilbud, herunder fra 99X AS (heretter kalt klager), Net Works AS og ASPIT AS. I klagers tilbud var det – i motsetning til de øvrige tilbudene – oppgitt differensierte priser for de ulike årene.
- (8) I innklagede sin første tildelingsbeslutning datert 2. september 2009 ble Net Works AS innstilt som leverandør. Ved denne evalueringen ble tildelingskriteriet "*Pris*" vurdert opp mot en kontraktsperiode på 4 år. Denne tildelingsbeslutningen ble imidlertid annullert 14. september 2009, blant som følge av at det i tildelingsevalueringen ble vektlagt andre tildelingskriterier enn det som var oppgitt i konkurransegrunnlaget.
- (9) I forbindelse med ny evalueringsrunde av tilbudene, fremgår det av notat datert 21. september 2009 at 2 år ble lagt til grunn som kontraktsperiode ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Pris*". Det ble i notatet opplyst følgende: "*Kontrakten vil bli inngått for 2 år, og usikkerheten mht. om vi vil bruke opsjonen tilsier at vi ikke vektlegger prisen for opsjonsårene ved evaluering av pris*".
- (10) I innklagedes e-post av 22. september 2009 til tilbyderne ble ASPIT AS (heretter kalt valgte leverandør) innstilt som leverandør.
- (11) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 2. oktober 2009.
- (12) Innklagede meddelte i e-post av 30. oktober 2009 at klagen ikke ble tatt til følge.
- (13) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 6. oktober 2009.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 6. oktober 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Pris*". Klager oppga differensierte priser for de fire årene. Innklagede evaluerte kun klagers priser for de første to årene, dvs. uten å ta med opsjonsårene.
- (16) Det fremkommer ikke klart av konkurransegrunnlaget hvorvidt opsjonene skal tas med i evalueringen. Heller ikke prisskjemaet gir klare føringer om hvorvidt opsjonene skulle tas med i evalueringen. Prisskjemaet kan dessuten endres ved behov. Dersom det ikke er gitt føringer i konkurransegrunnlaget kan oppdragsgiver være forpliktet til å ta med opsjonene i evalueringen, jf Dragsten/Lindalens kommentarutgave til offentlige anskaffelser (bind 2) s 1329 hvor det fremgår følgende:

"Det er ikke slik som hevdet av lagmannsretten, at oppdragsgiver står fritt til å medta opsjonene ved evalueringen av tilbudene. Kravet til forutberegnelighet etter anskaffelsesloven § 5, som lagmannsretten ikke ser ut til å ha vurdert, medfører at

oppdragsgivers valg av hvilke opsjoner som tas med, ikke skal være uventet. Har oppdragsgiver ikke gitt føringer i konkurransegrunnlaget på hvilke opsjoner som mest sannsynlig vil bli benyttet eller uttrykkelig fastlagt hvilke opsjoner som medtas ved evalueringen av tilbudet, kan oppdragsgiver være forpliktet til å medta samtlige opsjoner ved evalueringen av tilbudet."

Innklagedes anførsler:

(17) Klager anførsel bestrides.

(18) Spørsmålet om innklagede ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Pris*" skulle inkludere opsjonsårene kom på spissen som følge av at klager, som eneste tilbyder, oppgav differensierte priser for de fire årene. Det er ingen holdepunkter i konkurransegrunnlaget for at opsjonsårene ville bli hensyntatt ved evalueringen av pris. I et slikt tilfelle kan det ikke legges til grunn at oppdragsgivere har plikt til å inkludere opsjoner ved evalueringen. Det er ingen holdepunkter i verken rettspraksis, juridisk teori, eller praksis fra Klagenemnda for et slikt standpunkt.

(19) At det ikke på generelt grunnlag skulle være en plikt til å medta opsjoner i evalueringen støttes også av klagenemndas avgjørelse i sak 2005/78 og sak 2005/308. I disse sakene var tildelingskriteriene "*Pris, Fastpris inkl. opsjoner*", og "*Pris totalt inkl. tillegg for eventuelle forbehold, opsjoner, prisstigning etc.*" Klagenemndas begrunnelse for at det i nevnte saker ble konstatert brudd på kravet til forutberegnelighet var at ordlyden i tildelingskriteriene og de føringer som fremgikk av konkurransegrunnlaget ga holdepunkter for at opsjonspriser – i form av tilleggsytelser som var forutsatt priset – ville inngå i evalueringen.

(20) Resultatet av konkurransen kunne også blitt feil, dersom innklagede hadde lagt til grunn en kontraktsperiode på 4 år, og det ble inngått kontrakt kun for 2 år uten innløsning av opsjonsårene. Det er også en mulighet for at de øvrige tilbydernes priser kunne vært lavere for opsjonsårene, dersom tildelingskriteriene hadde åpnet opp for dette. Det var derfor i strid med kravet til forutberegnelighet å inkludere opsjonsårene ved evalueringen. Opsjonene er en ensidig rett til å forlenge kontrakten, som det først kan tas stilling til etter 2 års avviklet kontraktsperiode og da for 1 år om gangen.

Klagenemndas vurdering:

(21) Klager har deltatt i konkurransen og har i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2 (1).

Evaluering av tildelingskriteriet "Pris"

(22) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Pris*". Det avgjørende spørsmålet er om innklagede hadde plikt til å ta hensyn til opsjonsårene ved evalueringen av tildelingskriteriet.

(23) Av forskriften § 13-2 (2) tredje setning følger det at "*Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget*". Tildelingskriteriene skal angis slik at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører kan forstå kriteriene på samme måte. Tildelingskriteriene må videre være egnet til å identifisere det

økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og angis slik at de ikke gir oppdragsgiver et ubetinget fritt skjønn. Det er klart i angjeldende sak at tildelingskriteriene er utformet i samsvar med disse retningslinjene.

- (24) Ved den konkrete evalueringen av tilbudene utøver oppdragsgivere et innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om skjønnsutøvelsen har vært saklig og forsvarlig i samsvar med de angitte tildelingskriterier. Videre kan klagenemnda prøve om skjønnsutøvelsen er bygd på riktig faktum, og om oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (25) Selv om tildelingskriteriene skal være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet pålegger imidlertid ikke regelverket på generelt grunnlag oppdragsgivere å ta hensyn til eventuelle opsjoner ved fastsettelsen av tildelingskriteriene, og dette forhold gir derfor ikke avgjørende føringer for løsningen i foreliggende sak. Nemnda kan heller ikke se at forskriften § 2-3 (5), som innebærer at opsjonsår skal medtas ved beregningen av anskaffelsens verdi, kan få avgjørende betydning i forhold til at opsjonsårene skal hensyntas ved tildelingsevalueringen. Videre gir verken konkurransegrunnlaget eller øvrige forhold ved anskaffelsen føringer av betydning for problemstillingen. Dersom det ikke er gitt føringer i konkurransegrunnlaget, må det vurderes konkret om og i hvilken grad opsjonene må tas med ved evalueringen. For så vidt gjelder klagenemndas avgjørelse i sak 2005/308, er den konkret begrunnet og kan derfor vanskelig tas til inntekt for et bestemt resultat i foreliggende sak, jf. premiss (37) - (40) i det følgende:

“(37) Utgangspunktet er at oppdragsgiver skal evaluere tilbudene etter de tildelingskriterier som fremgår av konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriene skal undergis en objektiv fortolkning ut fra en naturlig forståelse av ordlyden. Dersom oppdragsgiver legger en annen forståelse til grunn, vil evalueringen kunne stride mot kravet til forutberegnelighet i anbudsproessen, jf lovens § 5 (3).

(38) Det fremgår av sakens dokument at innklagede kun har tatt hensyn til klagers tilbud på hovedytelsen. Det er ikke anført av innklagede at tilbudsprisen inkludert opsjonsprisen er unormalt lav, jf forskriftens § 8-10 (2) c. Spørsmålet blir da om innklagede hadde plikt til å legge til grunn opsjonsprisen ved vurderingen av tilbudets totalpris.

(39) Kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 medfører at oppdragsgivers valg av hvilke opsjoner som tas med i tildelingen, ikke skal være uventet. I klagenemndas avgjørelse i sak 2005/78 la klagenemnda til grunn at ordlyden “Pris. Fastpris inkl. opsjoner” i vedlegg til konkurransegrunnlaget forpliktet oppdragsgiver til å ta alle opsjonsprisene med i evalueringen. Klagenemnda fant at unnlatelsen av å gjøre dette var et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 (3).

(40) I den foreliggende anskaffelse legger konkurransegrunnlaget i pkt. 3.6 til grunn at tildelingskriteriet “Pris” regnes som “Pris totalt inkl. tillegg for eventuelle forbehold, opsjoner, prisstigning etc.” Klagenemnda finner at ordlyden tydelig peker i retning av at opsjonen skal regnes med i evalueringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og at ordet “eventuelle” refererer seg til “forbehold”. Videre vil utformingen av

tilbudsskjemaene, hvor det fremgår at prisen på opsjonen skal tas med, gi klager grunn til å tro at denne ville telle med ved vurderingen av tilbudene. Klagenemnda kan ikke se at innklagede i beskrivelsen av omfanget av arbeidene i konkurransegrunnlaget pkt. 2.3 gir uttrykk for at arbeidet under opsjonen er "under vurdering", og "vil bli utredet på et senere tidspunkt", vil endre på dette. Dersom innklagede ville ekskludere opsjonen i evalueringen av tilbudene, måtte dette vært presisert klarere i konkurransegrunnlaget. At dette ikke skjedde, var uventet."

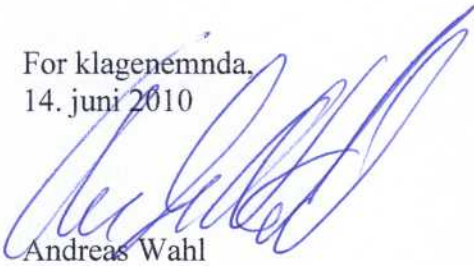
- (26) Klagenemnda ser således at det kan argumenteres for ulike løsninger på problemstillingen, og vurderingen må baseres på en konkret vurdering i den enkelte sak.
- (27) Innløsning av opsjon er en ensidig rett for oppdragsgiver som først vil bli vurdert når det nærmer seg utgått kontraktperiode. Som innklagede bemerker kan det være mulighet for at øvrige tilbydere også ville priset opsjonsårene lavere dersom det var kjent at disse årene ville bli evaluert. Dette kan tilsi at innklagede ikke har anledning til å hensynta opsjonsårene i evalueringen av tilbudene, dersom dette ikke klart fremkommer av konkurransegrunnlaget. På den annen side kan det hevdes at det er allment kjent for tilbydere at en eventuell innløsning av opsjonsårene vil føre til at kontraktsvolumet blir økt. Dette tilsier at det ikke kan være uventet for de øvrige tilbyderne at en tilbyder ville kunne prise opsjonsårene lavere enn de andre årene – og at dette ville kunne representere en relevant verdi for innklagede som vil hensyntas ved evalueringen.
- (28) Fra innklagedes ståsted vil det kunne føre til en mindre gunstig anskaffelse dersom det var klart ved evalueringen av tilbudene at opsjonsårene ville bli innløst, men innklagede ikke hadde anledning til å vektlegge opsjonsårene fordi dette ikke fremkommer av konkurransegrunnlaget. Et moment som kan tilsi at oppdragsgivere skal ta hensyn til opsjoner ved evalueringen er at innløsning av opsjonsårene ellers vil innebære at kontrakten på dette punkt ikke har vært gjenstand for konkurranse. At prisskjemaet her åpnet for endringer kan imidlertid tas til inntekt for at innklagede ikke pliktet å hensynta opsjonsårene i evalueringen. Dersom innklagede på tidspunktet evalueringen ble foretatt visste at opsjonsårene ikke ville innløst, ville en plikt til å vektlegge opsjonene føre til at innklagede pliktet å vektlegge et forhold som ikke ville bli aktuelt. En slik løsning kunne slå feilaktig ut i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, hvor en tilbyder nettopp inngir differensierte priser for opsjonsårene. Det kan for øvrig også tenkes mellomløsninger, eksempelvis ved at innklagede kan vektlegge en opsjon i tråd med sannsynligheten av at den vil bli benyttet.
- (29) I foreliggende sak er det naturlig å anta at innklagede ved planleggingen av anskaffelsen ikke tok høyde for at en tilbyder ville kunne prise opsjonsårene lavere enn de to første årene – uten at innklagede på noen måte kan klandres for dette. Når innklagede i denne situasjonen mottok et tilbud som i motsetning til de øvrige tilbudene inneholdt ulike priser for de fire årene, stiller dette naturligvis innklagede i en vanskelig situasjon. Det kan som nevnt tidligere argumenteres for ulike løsninger for hvorvidt og eventuelt hvordan opsjonsårene skulle tas i betraktning. I et slikt tilfelle er det rimelig at innklagede innvilges et forholdsvis vidt skjønn ved den konkrete vurderingen av dette forholdet. Dette sees på bakgrunn av at innløsning av opsjon er en ensidig rett som tilkommer innklagede, og at dette antas å være allmenn kjent for tilbyderne. Innklagedes begrunnelse for å la være å ta hensyn til opsjonsårene var at det på evalueringstidspunktet var usikkert hvorvidt opsjonen ville bli benyttet. Klagenemnda finner ikke grunnlag for å underkjenne dette skjønnet. På den bakgrunn finner nemnda

at innklagede ikke har brutt kravet til forutberegnelighet ved ikke å ha vektlagt pris for opsjonsårene ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Pris*". Klagers anførsel fører således ikke frem.

Konklusjon:

NOVA har ikke brutt kravet til forutberegnelighet ved ikke å ha vektlagt pris for opsjonsårene ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Pris*".

For klagenemnda,
14. juni 2010

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Andreas Wahl', written over the typed name.

Andreas Wahl