



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en begrenset anbudskonkurranse vedrørende inngåelse av en rammeavtale for anskaffelse av uniformer og tjenesteantrekk for Statens vegvesen lokalisert over hele landet. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 25.oktober 2010 i sak 2010/264

Klager: Wenaas AS

Innklaget: Statens vegvesen Vegdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Tone Kleven, Magni Elsheim

Saken gjelder: Avvisning av klagers tilbud

Bakgrunn:

- (1) Statens Vegvesen kunngjorde 11. mars 2010 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende inngåelse av en rammeavtale for anskaffelse av uniformer og tjenesteantrekk for Statens vegvesen lokalisert over hele landet. Tildeling skulle gis til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det fremgikk av kunngjøringen under punkt II.2.2 og II.3 at kontraktens varighet var 2 år med mulighet for opsjon 1+1 år.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets utkast til kontrakt under punkt C.2. at
*"Avtalen gjelder fra og med xx/2010 til og med xx/x/2012.
Oppdragsgiver har rett til å forlenge avtalen for 1 år av gangen i inntil 2 år.
Dersom oppdragsgiver ønsker å forlenge avtalen, skal oppdragsgiver gi leverandøren skriftlig melding om dette før utløp av avtaleperioden."*
- (3) Det fulgte av kontraktsutkastet punkt C.9 at:
*"Prisene er faste i avtaleperioden (2 år).
Dersom det foretas produktoppdateringer eller tas inn nye produkter i avtaleperioden, skal disse prisene i henhold til samme kalkyle som prisene i tilbudet"*
- (4) Under kravspesifikasjonen ble det i punkt B.6 gjentatt at:
"Prisene skal være faste i avtaleperioden (2 år)."
- (5) Det var ikke inntatt en prisreguleringsklausul i kravspesifikasjonen eller konkurransegrunnlaget.
- (6) Det fremgikk av klagers tilbud datert 25. august 2010 at:

"Forutsetninger:

Anbudsdokumentene sier at prisene skal være faste i 2 år.

Etter dette forutsetter vi at det gis rom for forhandlinger om prisjusteringer basert på dokumenterbare endringer i kostnader, så som råvarer, transport og direkte produksjonskostnader samt endringer i valutakursene Euro og Dollar.

Alle priser er basert på dagens avgifter, endringer i offentlige avgifter vil medføre tilsvarende endring i prisene."

- (7) Innklagede avviste klagers tilbud fra konkurransen i brev datert 1. september 2010 med henvisning til forskriften §§ 20-13 d og f. Tilbudet ble avvist med følgende begrunnelse:

"Prisene skal etter konkurransegrunnlaget ligge fast i kontraktsperioden. Opsjonsklausulen gir oppdragsgiver en ensidig rett til å forlenge kontrakten.

I Deres tilbud forutsetter De at prisene kan forhandles etter to år. Forbeholdet lar seg ikke beregne på et forsvarlig grunnlag. Det har en så usikker rekkevidde at de sannsynlige konsekvenser av forbeholdet ikke kan fastlegges. Dette gjør det derfor ikke mulig å sammenligne tilbudet med øvrige tilbud."

- (8) Klager sendte brev til innklagede 2. september 2010 hvor det fremgikk at:

"Vårt tilbud er gitt med faste priser i kontraktsperioden som det fremkommer av kravet i grunnlaget.

Vi ber om at Statens Vegvesen, Vegdirektoratet ser bort fra vårt forbehold om mulighet for prisjustering, da dette viser seg ikke å være relevant for tilbudet"

- (9) Innklagede svarte på henvendelsen i brev datert 6. september 2010

"Regelverket for offentlige anskaffelser forutsetter at det er tilbudet slik det foreligger ved tilbudsfristens utløp som skal legges til grunn.

Tilbudet Deres forutsetter at prisene kan forhandles etter to år. De ber oss i brev av 2. september om å se bort i fra forbeholdet om mulighet for prisjustering, da dette viser seg ikke å være relevant for tilbudet.

Etter vår mening vil det medføre en endring av tilbudet etter tilbudsfristens utløp dersom vi ser bort fra de aktuelle formuleringer i tilbudet. En slik endring vil medføre brudd på forhandlingsforbudet som gjelder i anbudskonkurranser.

Vi står dermed fast ved vår beslutning om å avvise deres tilbud."

- (10) Klager sendte klage på vedtaket ved brev 6. september 2010:

"I deres brev av den 01.09.10 avvises Indiforms tilbud i hjemmel av forskrift om offentlige anskaffelser §§ 20-13 d og f som omhandler "Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet", på følgende grunnlag: Prisene skal etter konkurransegrunnlaget ligge fast i kontraktsperioden, og dere nevner også i brevet at opsjonsklausulen gir oppdragsgiver en ensidig rett til å forlenge kontrakten, dvs i 1+1 år etter kontraktsperioden som i utgangspunktet er på 2 år.

Indiform kan ikke se at det ved noe tilfelle i konkurransegrunnlaget er nevnt at opsjonsklausulen er ensidig. Ved opsjon av en offentlig kontrakt gir det normalt oppdragsgiver rett til å forlenge gjeldende avtale uten å gå ut på ny offentlig anbudskonkurranse i 1+1 år utover kontraktsperioden som i utgangspunktet er på 2 år. Ettersom det ikke er spesielt beskrevet noe sted i konkurransegrunnlaget at

opsjonsretten er ensidig, og det videre heller ikke er beskrevet hvordan betingelsene i kontrakten skal behandles i forbindelse med en opsjon, har dette blitt tolket av Indiform til å være en gjensidig opsjonsrett, der det dermed for tilbyders del gis rett til å be om forhandling om betingelsene i avtalen dersom opsjon skulle bli aktuelt. Ettersom disse vilkår ikke kommer klart frem i konkurransegrunnlaget, har Indiform skrevet i tilbudsbrevet, for å klargjøre hvordan konkurransegrunnlaget har blitt tolket, at det overstående forutsettes for tilbudet ved en eventuell opsjon. Forutsetningen i tilbudet gjelder forhandling om pris basert på dokumenterbare endringer i kostnader, så som råvarer, transport og direkte produksjonskostnader samt endringer i valutakurser. For å klargjøre dette mer; dersom oppdragsgiver og tilbyder mot formodning ikke skulle bli enige etter at en slik forhandling har foreligget, vil ikke opsjon bli gjeldende og tilbyder må ut på ny offentlig anbudskonkurranse.

Konkurransegrunnlaget tolkes dertil at den reelle kontraktsperioden er på 2 år, ettersom det er denne tiden oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget henviser til flere steder. Videre nevnes det ikke noe om hvilke kriterier som legges til grunn for en eventuell opsjon. Indiform har i sitt tilbud gitt sin godkjenning for deres krav om at prisene skal være faste i 2 år. Dette krav stadfestes tydelig i konkurransegrunnlaget helt i slutten av dokument B "Kravspesifikasjon", samt i Statens Vegvesens utkast til kontrakt for vareleveranser, avsnitt C9. I disse avsnitt kunne det også vært spesifisert hvordan betingelsene i kontrakten skal behandles i forbindelse med en opsjon, men dette er ikke nevnt noe sted."

- (11) Innklagede avviste klagen ved brev datert 13.september 2010, med følgende begrunnelse:

"Innløsning av en opsjon er en ensidig rett for oppdragsgiver som først vil bli vurdert når det nærmer seg utgått kontraktsperiode. Det følger for så vidt også av konkurransegrunnlaget del C, hvor pkt C.2 bla. sier følgende: "Oppdragsgiver har rett til å forlenge avtalen for 1 år av gangen i inntil 2 år."

Når De forutsetter i tilbudet at prisene kan forhandles etter to år, så foreligger det etter vår mening et forbehold som ikke lar seg beregne på et forsvarlig grunnlag. Det har en så usikker rekkevidde at de sannsynlige konsekvenser av forbeholdet ikke kan fastlegges. Det nevnte forhold medfører at tilbudet ikke kan bedømmes i forhold til de øvrige tilbud i konkurransen. Det er også et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene."

- (12) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev datert 20.september 2010.
- (13) Innklagede avventer kontraktinngåelse til klagenemndas behandling av saken, så fremt klagenemndas behandling av saken er avsluttet innen 1. november 2010.
- (14) Klagenemndas sekretariat sendte 12. oktober 2010 e-post til innklagede hvor det ble bedt om følgende dokumentasjon:

"[...]"

- oversikt over antall andre tilbud.*
- hvordan den prismessige konsekvensen av forbeholdet er vurdert og på hvilken måte forbeholdet skapte problemer for sammenligningen av de ulike tilbudene.*
- prismessige forhold osv som kan gjøre klagenemnda i stand til å etterprøve den vurderingen som er gjort av forbeholdets betydning for sammenligningen av de ulike tilbudene."*

- (15) Innklagede besvarte e-posten 13.oktober 2010:

"Pris skal etter konkurransegrunnlaget veie 55 % i evalueringen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. En summering av tilbydernes priser basert på skjemaet, gav en totalsum per år på kr 6 889 953,- for Indiform og kr 6 662 780,- for Skjortefabrikken Selje. Basert på dette alene, har Indiform høyest tilbudte pris. Denne summeringen tar ikke opp i seg forbeholdet vedrørende opsjon i klagers tilbud. I tilbudsevalueringen vurderte man pris med opsjon.

...

Wenaas v/Indiform sitt forbehold om prisjusteringer vedrørende de to opsjonsårene la for det første opp til prisjustering for en rekke poster, herunder for råvarer, transport, produksjonskostnader, valutaendring og offentlige avgifter. Dette ble gjort på generelt grunnlag, uten å angi nærmere grunnlag for prissettingen. I seg selv gjorde denne delen av forbeholdet det umulig å prissette rekkevidden av slike eventuelle prisendringer.

Videre la forbeholdet opp til at det skulle forhandles om en slik prisjustering. Det er for Vegdirektoratet umulig på en saklig måte å vurdere den prismessige konsekvensen av et forbehold som innebærer forhandling. Da det ikke er mulig å prissette forbeholdet, lar det seg heller ikke gjøre å beregne en pris på tilbudet som kan holdes opp mot tilbudet fra Skjortefabrikken Selje.

Ovennevnte forhold medfører at det også dreier seg om et vesentlig forbehold.

Under enhver omstendighet ville det å akseptere dette forbeholdet innebære brudd på de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og forhandlingsforbudet. Det vises til vårt tilsvare."

- (16) Klagenemndas sekretariat sendte 14.oktober 2010 ny e-post til innklagede, hvor det ble bedt opplyst "hvorvidt, og eventuelt hvordan, klagers tilbud har blitt vurdert i forhold til kvalitet."

- (17) Innklagede svarte på e-posten samme dag:

"Det vises til din forespørsel under. Vedlagt følger en sammenstilling av poeng fra tilbudsevalueringen. Som denne viser, så fikk klagers tilbud dårligere uttelling også på kvalitet enn valgte leverandørs tilbud. Vi ser dermed at forbeholdet nok ikke gir en relativ bedømmelsestil. I tilbudsevalueringen gikk vi imidlertid ikke nærmere grundig inn i vurderingen om relativ bedømmelsestil, da vi mente at forbeholdet uansett var vesentlig. En opsjon er en ensidig rett for oppdragsgiver. Forbeholdet i klagers tilbud medfører at det ikke foreligger en slik opsjon. Det er naturligvis av stor betydning for Vegdirektoratet å ha en slik opsjon i kontrakten. I den aktuelle kontrakten gir opsjonen Vegdirektoratet en ensidig rett til å doble kontraktstiden. Forbeholdet gjelder dermed et punkt i kontrakten som er av vesentlig betydning for konkurransen. Det antas også at markedet ville reagert annerledes dersom man konkurrerte om en kontrakt hvor oppdragsgiver ikke hadde en slik opsjon."

- (18) Innklagede bekreftet i e-post til klagenemndas sekretariat av 15.oktober at innklagede etter dette frafalt påstanden om at tilbudet kunne avvises i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav f.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Klager anfører at deres tilbud er feilaktig avvist. Forbeholdet ble inntatt for å klargjøre utydigheter i konkurransegrunnlaget. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at prisene skulle være gyldig i to år, som også følger av klagers tilbud. Da konkurransegrunnlaget ikke sier noe om hvordan eller på hvilket grunnlag eventuelle prisjusteringer skal foretas etter de første to år, og innklagede hevder at de ikke kan forhandle om en prisjustering i avtaleperioden, inkludert opsjonsperioden, har Statens Vegvesen ikke anledning til å benytte opsjonsperioden.
- (20) Klager anfører videre at dersom forutsetningen er i strid med konkurransegrunnlaget må det ses bort fra dette, da det er irrelevant for tilbudet av overnevnte grunn.

Innklagedes anførsler:

- (21) Innklagede anfører at klagers tilbud er korrekt avvist, jf. forskriften § 20-13 bokstav d. Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at prisene skal være fast i avtaleperioden på 2 år, og at innklagede har rett til å forlenge avtalen for 1 år av gangen i inntil 2 år. En opsjon er en ensidig rett for oppdragsgiver til å forlenge avtalen basert på de vilkår, inkludert pris, som avtalen fastsetter. Når klager har valgt å ta et forbehold, er det klagers ansvar og risiko å angi klare grunnlag eller holdepunkter for prissettingen, slik at det er mulig for oppdragsgiver å bedømme forholdet. Forbeholdet om forhandling innebærer at hele formålet med opsjoner bortfaller, og forbeholdet er vesentlig fordi det i realiteten er et forbehold mot prisen og det som potensielt vil kunne utgjøre halve kontrakten i tid, jf. § 20-13 bokstav d. En aksept av klagers forbehold ville vært i strid med forbudet mot forhandlinger.
- (22) Det kan heller ikke ses bort fra klagers forbehold da det er tilbudet slik det foreligger ved tilbudsfristen som skal legges til grunn.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. forskriften § 2-1 (4), jf. § 2-2 (1).
- (24) Klager har anført at deres tilbud er feilaktig avvist. Dersom innklagede har avvist tilbudet uten nødvendig hjemmel vil dette utgjøre et brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5. Av forskriften § 20-13 (1) bokstav d fremgår det at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når *"det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"*.
- (25) Klagers tilbud inneholdt en forutsetning om *"rom for forhandlinger om prisjusteringer basert på dokumenterbare endringer i kostnader"* for en eventuell opsjonstid. Det første spørsmålet blir da om klagers forutsetning må anses som et forbehold mot kontraktsvilkårene.
- (26) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at prisene skulle være faste i *"avtaleperioden (2år)"*. Konkurransegrunnlaget gir altså isolert sett uttrykk for at prisene kun skulle være faste i de første to år av avtaleperioden, og åpner for så vidt for den forståelsen av kontraktsvilkårene som klager baserte forutsetningen i tilbudet på; at det ikke gjaldt

noen klare føringer om at prisen skulle være fast også i opsjonsperioden. Imidlertid fremgikk det av konkurransegrunnlaget at *"Oppdragsgiver har rett til å forlenge avtalen for 1 år av gangen i inntil 2 år"*. Dette må forstås som at retten til å benytte opsjonen tilfalt innklagede alene. For at det skulle være mulighet for å regulere prisene i opsjonsperioden måtte dette fremgått i konkurransegrunnlaget. Når det ikke fremgår av konkurransegrunnlaget at prisene kunne reguleres i opsjonsperioden, må det dermed legges til grunn at prisene skulle være faste i hele avtaleperioden, herunder også opsjonsperioden. Formuleringen i konkurransegrunnlaget og kontraktsutkastet om at prisene skulle være faste i avtaleperioden, etterfulgt av henvisningen i parentes til 2 år, kan ikke endre dette. Forutsetningen i klagers tilbud må denne bakgrunn anses som et *"forbehold mot kontraktsvilkårene"*, jf. § 20-13 (1) bokstav d.

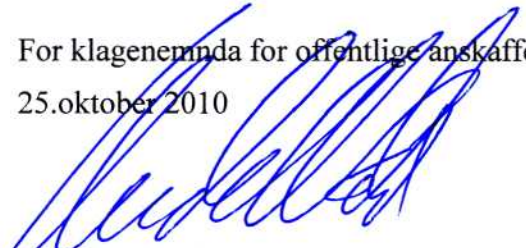
- (27) Videre blir spørsmålet om forbeholdene i klagers tilbud var *"vesentlig"*, jf. § 20-13 (1) bokstav d.
- (28) Forbeholdet i klagers tilbud innebærer en rett til forhandling ved en eventuell opsjonsinnløsning for *"prisjusteringer basert på dokumenterbare endringer i kostnader, så som råvarer, transport og direkte produksjonskostnader samt endringer i valutakursene Euro og Dollar"*. I tillegg fulgte det et forebehold om at *"endringer i offentlige avgifter vil medføre tilsvarende endring i prisene"*. Det åpnes dermed for at prisen kan endres i opsjonsperioden på bakgrunn av både dokumenterte endringer i kostnader, endringer i valutakostnader og endring i offentlige avgifter. Imidlertid fremgår det ikke spesifikt hvilke *"dokumenterbare kostnader"* det her er tale om, det gis kun et eksempel på hvilke kostnader det kan bli aktuelt å regulere. Det opplyses heller ikke hvilken mekanisme som vil benyttes for å beregne eventuelle endringer i kostnader. Samlet sett gjør klagers forbehold at kontraktens verdi blir vanskelig å beregne for innklagede, og forbeholdene fremstår dermed som omfattende. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at forbeholdene i klagers tilbud var *"vesentlige"* og tilbudet kunne dermed avvises i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav d.
- (29) Klager har anført at dersom forutsetningen er i strid med konkurransegrunnlaget, må forbeholdet kunne ses bort fra. Etter tilbudsfristens utløp er det verken adgang eller plikt til å endre eller rette tilbud, jf. § 21-1 (1). Et unntak fra dette er imidlertid retting av åpenbare feil, jf. § 21-1 (3). Det var i dette tilfellet ikke åpenbart hvordan feilen i klagers tilbud kunne rettes. Klagers tilbud kunne dermed ikke rettes etter tilbudsfristen, jf. § 21-1 (3).

Konklusjon:

Statens vegvesen har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

25.oktober 2010



Andreas Wahl