



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en minikonkurranse under en rammeavtale for anskaffelse av AutoPASS-brikker. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandør, og at begrunnelsen for tildelingen av avropet var i samsvar med regelverkets krav.

Klagenemndas avgjørelse 10. september 2012 i sak 2011/154

Klager: Q-Free ASA

Innklaget: Statens Vegvesen, Vegdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Gjennomføring av minikonkurranse, begrunnelse, innsyn

Bakgrunn:

- (1) Statens Vegvesen, Vegdirektoratet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. juni 2009 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for anskaffelse av AutoPASS-brikker. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt A.2 at hver av leverandørene som ble valgt var garantert å få levere et minimum på 50.000 brikker. Etter at leverandørene hadde levert minimumsantallet ville innklagede "*call for separate tenders among the Contractors that are affiliated with the framework Contract*", og det eneste tildelingskriteriet for disse tilbudene ville være laveste pris for hver levering, jf. konkurransegrunnlagets punkt A.2. Kontraktperioden var tre år, med opsjon på ett år. Estimert totalvolum var 600.000 brikker. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt A.3 at anskaffelsens verdi var ansett for å være over EØS-terskelverdi.
- (2) Vedlagt konkurransegrunnlaget var dokument 0.7 "*Purchase of AutoPASS on-board units. Ordering during supply phase.*" Dokumentet besto av en matrise med to kolonner, hvorav matrisens del 1 skulle fylles ut av innklagede. Del 2 skulle fylles ut av tilbyderne, herunder punktene; "*Contractor*", "*Price, issuer 1 (NOK)*", "*Price, issuern (NOK)*", "*Total price (NOK, excl. VAT)*", "*Date and Contractor's signature*". Følgende fremgikk under feltet for "*Total price*":

"Total price for the total quantity included every issuer.

The Contractor's prices will not be made public or published to other contractors that are affiliated to the framework contract."
- (3) Innklagede inngikk kontrakt med to leverandører, Q-Free ASA (heretter kalt klager) og Norbit ITS AS (heretter kalt valgte leverandør), henholdsvis 28. august 2009 og 1. september 2009.

- (4) Innklagede gjorde avrop på rammeavtalen i 2009, 2010 og 2011. I 2011 gjorde innklagede fire avrop, hvorav klager ble tildelt én kontrakt og valgte leverandør ble tildelt tre kontrakter. Den foreliggende saken gjelder avrop av 15. april 2011 for brikkeskifte 2011, del 2.
- (5) I brev av 15. april 2011 sendte innklagede forespørsel på pris til klager og valgte leverandør vedrørende brikkeskifte 2011, del 2. Til sammen var forespørselen på seks sider, inkludert tre vedlegg. Det fremgikk at forespørselen gjaldt skifte av brikker på grunn av endt batteritid, og at dette var forespørsel to av to for dette brikkeskiftet. Videre fremgikk følgende:

«Alle brikker skal pakkes individuelt og sendes direkte fra leverandør til AutoPASS-brukere, i henhold til vedlegg 1 - Prosessbeskrivelse brikkeskifte. Beskrivelse av filformat for brikkeskifte vedlegges (vedlegg 3 - OBU manufacturer CS interface brikkeskifte 2011).

Pris per brikke skal inkludere:

- Monteringsanvisning for bytte av brikke (våtserviert og tørrserviert skal ikke inkluderes). Fil på monteringsanvisning leveres av Statens vegvesen. - Brikke pakket i foliepose

- Etikett på foliepose. Etiketten skal inneholde navn og adresse til bruker, ny og gammel brikke-ID og bilens registreringsnummer.

- Følgebrev i A4-format som skal sendes med alle brikker. Filer blir laget av Statens vegvesen hvor det er ulike brev per utsteder - Papirkonvolutt for utsendelse av brikke, med adresse til bruker, frankeringsmerke og returadresse (til bompengeselskap) på baksiden

- Returkonvolutt for retur av brikke, med adresse til returselskap og frankeringsmerke

[...]

Valg av leverandør blir basert på rammeavtalens bestemmelser om kriterier i supplementfasen, som er 100 % pris.

Vennligst bruk vedlagt skjema, vedlegg 2 - brikkebestilling - brikkeskifte 2011 nr 2, for utfylling»

- (6) Vedlagt forespørselen var dokument «Prosess-44B: Bytte av brikke pga gammelt batteri, brikke-distribusjon fra produsent via post». I dokumentet ble det redegjort for prosessen, herunder fra bestilling til brikke ble tatt i bruk hos kunde.
- (7) Vedlegg 2 til forespørselen «Brikkebestilling» var inndelt i to deler. Del 1 inneholdt en matrise som skulle fylles ut av oppdragsgiver. Her var det oppgitt informasjon for seks leveranser, herunder; utsteder, bestilt mengde, leveringstidspunkt, bompengeselskap og leveringsopplysninger. Det fremgikk at totalt antall brikker for bestilling var 202 078.
- (8) Del 2 av vedlegg 2 skulle fylles ut av leverandør. Det fremgikk at tilbyderne skulle fylle ut gråmarkerte celler; dette gjaldt et felt for «Leverandør,» samt kolonnen «Pris per brikke» i følgende matrise:

<i>Utsteder</i>	<i>Antall brikker</i>	<i>Pris per brikke</i>	<i>Totalpris per utsteder</i>
7	70 000	0,00	0,00
30	3 905	0,00	0,00
31	4 278	0,00	0,00
37	24 687	0,00	0,00
38	1 939	0,00	0,00
40	97 269	0,00	0,00

Sum

0,00

Alle priser oppgis eks mva»

- (9) Både klager og valgte leverandør leverte tilbud innen fristen. Klager ble ved brev datert 18. mai 2011 meddelt at «Norbit ITS AS hadde det laveste tilbudet og er derfor valgt som leverandør av denne leveransen.»
- (10) Klager ba i brev datert 19. mai 2011 om innsyn i valgte leverandørs pris. Det fremgikk at «ihht tildelingskriteriet etter rammeavtalens bestemmelser som er pris må vi be om at valgte leverandørs pris også opplyses ihht Forskrift om offentlig anskaffelser § 22-3 i samsvar med § 20-16.»
- (11) Innklagede besvarte henvendelsen ved brev datert 24. mai 2011, hvor det fremgikk at innklagede ikke ville opplyse om valgte leverandørs pris, under henvisning til punkt «Total price» i dokument 0.7, som er sitert over i premiss (2).
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemda for offentlige anskaffelser ved brev 25. mai 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører at valgte leverandørs pris på brikkeskifte 2011, del 2, er unormalt lav. Det vises til at klager selv har gitt et svært lavt pristilbud, og kjenner konkurrentenes priser godt. Basert på dette hevder klager at det er usannsynlig at valgte leverandør har tatt med alle kostnadselementer ved direkte distribusjon i prisen. Brikkeskifte 2011 del 2 avviker fra tidligere anskaffelser, ved at direkte distribusjon til sluttbruker skal være inklusive i prisen. Klager hevder det må gjøres en kvalitativ vurdering av valgte leverandørs tilbudspris, sammenlignet med valgte leverandørs priser for de 3 brikketilbudene i 2010 uten direkte distribusjon, jf. forskriften 20-14. Uten en slik vurdering finner klager det lite sannsynlig at det er gjort en grundig og forsvarlig vurdering av tilbudene, utover at innklagede har forsikret seg om at det ikke er tatt inn forbehold i tilbudene. Et sentralt formål med forskriften § 20-14 (1) er å påse at

"unormalt lavt" tilbud ikke skyldes ulovlig offentlig støtte, jf. forskriften § 20-14 (4). Dersom valgte leverandørs tilbud er gitt med unormalt lav pris, bes det opplyst hvorvidt valgte leverandør har mottatt offentlig støtte/bidrag til produksjon/produksjonslinje, og om så er tilfelle hvorvidt dette er skjedd på lovlig vis, jf. forskriften § 20-14 (4). I det tilfellet valgte leverandørs tilbud er *"unormalt lavt"*, blir det også et spørsmål om hvorvidt tilbudet burde vært avvist etter forskriften § 20-13 (2) bokstav c.

- (14) Klager anfører at innklagede har plikt til å oppgi valgte leverandørs pris, jf. forskriften § 20-16 og 22-3. Klager viser til at informasjonen i dokument 0.7 *"Purchase of AutoPASS on-board units"* under *"Total price"*, om at totalprisene ikke ville offentliggjøres, er en omgåelse av bestemmelsene om begrunnelse i forskriften, og kan ikke tillegges vekt i vurderingen om hvorvidt pris skal opplyses. Innklagede har ikke oppfylt forpliktelsene etter § 20-16 (1) om å gi tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet, og det er ikke gjort en forsvarlig vurdering i relasjon til forskriften § 20-14 (1). Klager ber ikke om innsyn i enhetspriser, men i den totale tilbudsprisen i valgte leverandørs tilbud. Klager er uenig med innklagede i at de øvrige elementene i konkurransen er å anse som forretningshemmeligheter, men er ikke interessert i den oppdelte prissettingen.
- (15) Dersom totalprisen kan unntas fra offentlighet, må totalprisen kunne gjøres kjent for klagers partsrepresentant etter forvaltningsloven § 13 b første ledd (1), sammenholdt med andre ledd, med pålegg om at totalpris ikke gjøres kjent for klager.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider at valgte leverandørs tilbud må anses unormalt lavt. Innklagede viser til at pris var eneste tildelingskriterium i minikonkurransen, og at det var enkelt å vurdere tilbudene opp i mot hverandre. Innklagede har foretatt en grundig og forsvarlig vurdering av både klagers og valgte leverandørs tilbud, for å forsikre seg om at det ikke fantes forbehold eller avvik fra kravspesifikasjonen, herunder at alle kostnadselementer er tatt med. Valgte leverandørs tilbud var aldri *"unormalt lavt"*, jf. forskriften § 20-14 (1), og det var dermed aldri aktuelt å innhente opplysninger om tilbudets sammensetning eller å avvise tilbudet. På denne bakgrunn anses det unødvendig å foreta en kvalitativ vurdering av valgte leverandørs tilbudspris opp mot tidligere tilbud slik klager krever. Tilbudet anses i tråd med konkurransegrunnlaget, og eventuelle feilberegninger eller feilprising er tilbyders risiko.
- (17) Innklagede bestrider at klager har krav på innsyn i valgte leverandørs pris, jf. forskriften §§ 22-3 og 20-16. Det vises til konkurransegrunnlaget, hvor det gjøres klart at prisene ikke vil meddeles øvrige leverandører under rammeavtalen. Videre vises til hovedregelen om innsyn i tilbud etter valg av leverandør, jf. offentliglova § 23 tredje ledd, og begrensningene for *"drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde"*, som kan unntas etter forvaltningsloven § 13 og forskriften § 3-6. Det følger av sikker rettspraksis at enhetspriser anses som forretningshemmeligheter som kan unntas på dette grunnlaget. Når det gjelder brikkeskrifte 2011 del 2, ba ikke innklagede om en oppdeling av prisen. Tilbyderne ble kun bedt om å gi en enhetspris per brikke. Uavhengig av om oppdeling var mulig, slik klager valgte å gjøre i sitt tilbud, anses like fullt prisene på de øvrige elementene i leveransen som enhetspriser som er å anse som forretningshemmeligheter, og må dermed unntas offentlighet. I en såpass enkel anskaffelse som det i dette tilfellet er tale om, vil i realiteten den enkelte enhetspris gjøres kjent for konkurrenten dersom totalprisen gjøres kjent. Dette er årsaken til at man valgte å ta inn presiseringen i

konkurransegrunnlaget om at tilbudsprisene ikke ville bli meddelt de øvrige leverandører under rammeavtalen. Av samme årsak anser innklagede begrunnelsesplikten etter forskriften §§ 20-16 og 22-3 å være oppfylt ved en meddelelse av hvilken leverandør som ble valgt i den enkelte minikonkurranse, under henvisning til at valgte leverandør hadde laveste pris. Det vil ikke være mulig å gi en mer utfyllende begrunnelse.

- (18) Det bes om at klagenemnda avviser klagen som ubegrunnet, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen gjelder AutoPASS-brikker, og er en vareanskaffelse under en rammeavtale, som etter sin opplyste art og verdi følger lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III. Fristen for å klage til klagenemnda er seks måneder fra kontrakt er inngått, jf. klagenemndsforordningen § 6, 2. ledd. Ved minikonkurranser under rammeavtale beregnes klagefristen fra inngåelse av hver enkelt kontrakt, jf. klagenemndas sak 2009/148 premiss (29), og klagen er dermed rettidig. Det er ikke anført at innklagede har brutt regelverket ved inngåelse av rammeavtalen, og klagenemnda legger dermed til grunn at rammeavtalen er inngått i samsvar med regelverket.

Regelverket for gjennomføring av minikonkurranser under en rammeavtale

- (20) Saken gjelder avrop på rammeavtale for anskaffelse av brikkeskifte 2011, del 2. Etter forskriften § 4-2 bokstav f er rammeavtale definert som en avtale *"som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode"*, jf. forskriften § 4-1 bokstav a, hvor det fremgår at kontrakt er en gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører. Bestemmelsene i rammeavtalen gjelder dermed vilkår for anskaffelser som skal foretas på et senere tidspunkt, og det forutsettes at innklagede vil tildele kontrakter under rammeavtalen.
- (21) Det følger av forskriften § 15-1 (1) at *"Ved inngåelse av rammeavtaler skal oppdragsgiver følge prosedyrereglene som følger av denne forskrift, inntil tildeling av kontrakter foretas innenfor rammeavtalen"*. Bestemmelsen er et resultat av EU direktiv 2004/18 artikkel 32 (2), hvor det fremgår at:

"For the purpose of concluding a framework agreement, contracting authorities shall follow the rules of procedure referred to in this Directive for all phases up to the award of contracts based on that framework agreement."

- (22) På bakgrunn av ordlyden i direktivet artikkel 32 (2), synes det naturlig å forstå den tilsvarende bestemmelsen i forskriften § 15-1 (1) slik at prosedyrereglene i forskriften kommer til anvendelse også ved tildeling av kontrakt under en rammeavtale, selv om uttrykket «inntil» kunne gi grunnlag for en annen forståelse. Ved tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale med flere leverandører følger fremgangsmåten av forskriften § 15-3, jf. § 15-1 (2), hvor det er oppstilt krav om gjennomføringen av en konkurranse hvor *"ikke alle vilkårene er fastsatt i rammeavtalen"*, og videre redegjort for

fremgangsmåten ved gjennomføringen av konkurransen. Tilsvarende fremgår av direktivets artikkel 32 (4).

- (23) Sammenhengen mellom forskriften §§ 15-1 og 15-3 tilsier etter dette at forskriftens prosedyreregler også gjelder ved gjennomføringen av en minikonkurranse under en rammeavtale, men at spesialregelen i forskriften § 15-3 får forrang. Dette synspunkt ble også lagt til grunn i klagenemndas sak 2009/148 premiss (45), hvor det fremgikk at *"Klagenemnda tolker dette [direktivets artikkel 32] slik at reglene i direktivet gjelder helt frem til kontrakt om en leveranse er inngått på bakgrunn av en minikonkurranse. Forskriften del III er en implementering av prosedyrereglene i direktiv 2004/18/EF i norsk rett. Reglene i forskriften del III må derfor forutsettes å samsvare med dette direktivet."*
- (24) Dette støttes også av Sue Arrowsmith i *"The Law of Public and Utilities Procurement"* 2. utgave (2005) side 707, hvor det i relasjon til artikkel 32 (4) (2) bokstav d [som tilsvarende forskriften § 15-3 (3) bokstav d] fremgår at direktivet *"do not deal expressly with the completeness of minitenders or the scope for post-tender negotiation, and thus the usual rules on this subject apply, according to the award procedure used"*. Dette er videre forklart i fotnote 31, hvor det fremgår at *"Art. 32 (2) provides generally that the usual procedures for the directive apply "for all phases up to the award of contract based on [the] framework agreement", and not merely for the phase up to selecting the framework providers. Whilst the mini-tender stage is also governed by the explicit rules of Art.32(4), the usual rules appear still to apply to the extent that they have not been modified by that provision."*

Unormalt lavt tilbud

- (25) Klager har for det første anført at valgte leverandørs tilbud ikke kan inneholde alle kostnadselementer, og dermed må være unormalt lavt, jf. § 20-13 (2) og 20-14. Klagenemnda forstår klager på den måten at det anføres at valgte leverandør tilbud skulle vært avvist, som følge av at tilbudet er unormalt lavt.
- (26) Forskriften § 15-3 regulerer ikke spørsmålet om oppdragsgivers rett og plikt til å avvise tilbydere ved gjennomføring av en minikonkurranse under en rammeavtale. Forskriften § 20-13 oppstiller oppdragsgivers plikt og rett til avvisning på grunn av forhold ved tilbudet. Ved gjennomføringen av en minikonkurranse skal tilbyderne sende inn tilbud, og det legges dermed til grunn at problemstillingen reguleres av forskriften § 20-13, jf. forskriften § 15-1 (1).
- (27) Etter forskriften § 20-13 (2) bokstav c fremgår det at et tilbud *"kan"* avvises når det virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. forskriften § 20-14 om fremgangsmåten ved avvisning. Av bestemmelsens ordlyd fremgår det at oppdragsgiver har rett, men ingen plikt, til å avvise tilbudet dersom tilbudet anses unormalt lavt. I denne saken har innklagede opplyst at det ble foretatt en vurdering for å sikre at alle kostnadselementer var tatt med, og at det ikke fantes forbehold eller avvik fra kravspesifikasjonen. Innklagede kom til at valgte leverandørs tilbud ikke virket unormalt lavt sammenlignet med det andre tilbudet. Klagenemnda har ikke grunnlag for å overprøve innklagedes skjønn på dette punkt.

Innsyn og begrunnelse

- (28) Klager anfører videre at innklagede har plikt til å oppgi valgte leverandørs pris, jf. forskriften §§ 20-16 og 22-3. Klagenemnda forstår klager på den måten at det både anføres at klager har krav på innsyn i valgte leverandørs totalpris, og at manglende innsyn i totalprisen gjør at innklagede har brutt kravene til begrunnelse, jf. forskriften §§ 22-3 og 20-16.
- (29) Ved spørsmålet om klager har krav på innsyn, er hovedregelen at oppdragsgiver er forpliktet til å gi innsyn i tilbud og protokoll fra det tidspunkt leverandør er valgt, jf. lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) §§ 3 og 23 tredje ledd, jf. forskriften § 3-5. Hvilke opplysninger i tilbudene som det konkret skal gis innsyn i begrenses imidlertid av oppdragsgivers taushetsplikt om forretningshemmeligheter, jf. forskriften § 3-6, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13.
- (30) Klagenemnda har i praksis lagt til grunn at de innkomne tilbudenes totalpriser som hovedregel ikke kan anses som en forretningshemmelighet, men at enhetspriser lett kan bli ansett som forretningshemmeligheter, jf. blant annet klagenemndas saker 2010/294, 2008/87 og 2008/208. Innklagede har imidlertid hevdet at innsyn i valgte leverandørs totalpris ville gjøre det enkelt å beregne enhetsprisene, og at totalprisen dermed må anses som en forretningshemmelighet, jf. forskriften § 3-6. Følgelig har innklagede heller ikke fremlagt valgte leverandørs totalpris for klagenemnda, og på bakgrunn av sakens resultat har klagenemndas sekretariat heller ikke funnet det nødvendig å innhente disse opplysningene under saksforberedelsen, jf. tvisteloven § 22-3, jf. klagenemndsforordningen § 11.
- (31) Spørsmålet blir da om innklagede har brutt kravene til begrunnelse som følge av at valgte leverandørs totalpris ikke var oppgitt, jf. forskriften §§ 22-3 og 20-16.
- (32) Ved brev datert 18. mai 2011 ble klager meddelt at valgte leverandør hadde det laveste tilbudet, og derfor ville bli valgt som leverandør. Etter forskriften § 22-3 [slik den lød på utlysningstidspunktet] fremgår det at oppdragsgivers beslutning om hvem som tildeles *"kontrakt"* eller velges til rammeavtale, skal *"meddeles til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt eller rammeavtale inngås"*, og meddelelsen skal inneholde en *"begrunnelse i samsvar med § 20-16 (1)"*. Det fremgår ikke eksplisitt av ordlyden at begrunnelsesplikten etter nevnte bestemmelser også gjelder ved tildeling av en kontrakt innenfor en rammeavtale. Det er imidlertid klart at en *"kontrakt"* som inngås ved minikonkurranse under en rammeavtale, også må anses som en *"kontrakt"* i relasjon til begrunnelsesplikten etter forskriften § 22-3. Når ikke spørsmålet om begrunnelse reguleres av forskriften § 15-3, legger klagenemnda til grunn at forskriften § 22-3, jf. § 20-16 kommer til anvendelse, også ved tildeling av kontrakt etter en minikonkurranse, jf. forskriften § 15-1 (1).
- (33) Etter forskriften § 20-16 (1) [slik den lød på utlysningstidspunktet] fremgår det at begrunnelsen *"skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier"*. Klager har anført at innsyn i valgte leverandørs totalpris er nødvendig for å kunne overprøve innklagedes vurdering. Innklagede har bestridt dette, og har som nevnt også anført at totalprisen må anses som en forretningshemmelighet.

- (34) I det foreliggende tilfellet skulle tilbyderne tilby enhetspris på et gitt antall AutoPASS-brikker, hvorav flere forhold skulle være inkludert i enhetsprisen, jf. over i premiss (5). Av innklagedes begrunnelse fremgikk det utelukkende at valgte leverandørs tilbud hadde lavest pris. På bakgrunn av anskaffelsens karakter, samt at "*Pris*" var eneste tildelingskriterium, anser imidlertid klagenemnda dette som tilstrekkelig til å vurdere hvorvidt valg av leverandør var "*saklig og forsvarlig*", jf. forskriften § 20-16 (1). Innklagede har dermed ikke brutt kravene til begrunnelse som følge av manglende innsyn i valgte leverandørs totalpris, jf. forskriften §§ 22-3 og 20-16.

Konklusjon:

Statens Vegvesen, Vegdirektoratet har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 10. september 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver